Das dingliche Vorkaufsrecht nach dem B. G. B.

:: insbesondere die Wirkungen gegen Dritte ::

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht von

Boleslaus Marchlewski.

POSEN.
Druck der Aktiengesellschaft des „Dziennik Poznański".
1908.

Das dingliche Vorkaufsrecht nach dem B. G. B.

:: insbesondere die Wirkungen gegen Dritte ::

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht von

Boleslaus Marchlewski.

ACAD
LUBLINENSIS
BIBL.

POSEN.
Druck der Aktiengesellschaft des „Dziennik Poznański".
1908.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen
Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung.

§ 1. Geschichtliche Entwickelung des Vorkaufsrechts 1

B. Allgemeiner Teil.

Wesen des dinglichen Vorkaufsrechts nach dem B. G. B. und seine Wirkungen im Verhältnis zum Verpflichteten.

§ 2. a) Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts und Wirkungen im Allgemeinen 11
§ 3. b) Rechtliche Natur des Vorkaufsrechts an Grundstücken . 16
§ 4. c) Rechtsverhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten . . 24

C. Besonderer Teil.

Die Wirkungen des dinglichen Vorkaufsrechts gegen Dritte.

§ 5. a. Wesen der Vormerkung, auf welche die Wirkungen gegen Dritte in § 1098, II zurückgeführt werden 30
§ 6. b) Verhältnis des Berechtigten zum Käufer des belasteten Grundstücks 35
I. wenn dieser das Eigentum noch nicht erlangt hat, 36
II. wenn er bereits als Eigentümer eingetragen ist. . .
III. Verfolgung des Anspruchs im Processwege . . . .
§ 7. IV. Zahlung des Kaufpreises und Herausgabe des Grundstücks 44
§ 8. c) Verhältnis des Berechtigten zu dem nachträglichen Erwerber eines Rechts am Grundstücke 48
I. wenn das Recht vor dem Verkaufsfalle eingetragen ist . . . . . .
II. wenn es nach dem Verkaufsfalle begründet wird .

D. Schluss.

§. 9. Konkurs und Zwangsvollstreckung 51

Litteratur-Uebersicht.

1. Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Auflage 1903.
2. Bechmann, System des Kaufs, 1884.
3. Biermann Kommentar zum Sachenrecht, 1898.
4. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, 1901.
5. Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898.
6. Bruhns-Eck-Mitteis, Pandektenrecht, Encyklopädie v. Holtzendorf-Kohler, 1904.
7. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Auflage 1903.
8. Dernburg, Pandekten, 1896.
9. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 1906.
10. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.
11. Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands, 3. Auflage 1903.
12. Fischer, Otto Lehrbuch des preuss. Privatrechts, 1887.
13. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage 1906.
14. Fischer-Schaefer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 1902.
15. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, 1889.
16. Fuchs, Grundbuchrecht, 1902.
17. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes, 1895.
18. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1895, 2. Band 1905.
19. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 1868.
20. Grimm, Weistümer, 1840.
21. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, 1886.
22. Hilscher, Die Unterschiede des dinglichen Vorkaufsrechts von dem durch Vormerkung gesicherten obligatorischen Vorkaufsrechte bei Grundstücken nach dem B. G. B. (Rost. Diss. 1903.)
23. Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht des B. G. B. in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 40.
24. Jaeckel, Kommentar zum Gesetze betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1900.
25. Jaeger Eduard, Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht, 1893.
26. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 1904.
27. Jhering, Geist des römischen Rechts, 1888.

28. Katz, Zur Lehre vom Vorkaufsrecht nach dem B. G. B. 1898.
29. Keetmann, Das persönliche und dingliche Vorkaufsrecht im B. G. B. (Rost. Diss. 1903).
30. v. Keller, Pandekten, 1867.
31. Kohler, Recht und Prozess in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. XIV Bd. 1. Tl.
32. Kohler, Civilprozess und Conkursrecht in v. Holtzendorf-Kohler's Encyklopädie, 1904.
33. Kretschmar, Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken, Sächs. Archiv Bd. 11.
34. Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch, 1903.
35. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, 1869.
36. Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1904.
37. Madihn, de jure protimiseos eiusque a jure retractus discrimine, 1758.
38. Maenner, Sachenrecht, 2. Auflage 1906.
39. Meissner, Das bürgerliche Gesetzbuch, 1901.
40. Meyer, Herbert, Neuere Satzung an Fahrnis und Schiffen, 1903.
41. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 1838.
42. Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1888.
43. Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs, 1904.
44. Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Auflage 1903.
45. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 1904.
46. Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff, in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 31.
47. Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, 1902.
48. Pflüger, Über das Wesen der Dinglichkeit. Arch. f. Civ. Prax. Bd. 79.
49. Philipsen, Die Vormerkung nach B. G. B. 1903.
50. Planck, Kommentar zum B. G. B. 1906.
51. Podkomorski, Die Vererblichkeit und Übertragbarkeit des vertragsmässig begründeten dinglichen Vorkaufsrechts. (Diss. Breslau 1907.)
52. Poppe, Die öffentliche Form für die Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum und ihr Anwendungsgebiet, (Diss. Breslau 1907).
53. Predari, Kommentar zur Grundbuchordnung, 1904.
54. Protokolle der zweiten Kommission, 1899.
55. Regelsberger, Pandekten, 1893.
56. Reichel, Die Vormerkung im deutschen B. G. B. In Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 46.

57. Renaud, zur Lehre vom Näherrecht, Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. 8.
58. Reuss, Vergleichung des pers. und dingl. Vorkaufsrechts, (Rost. Diss. 1902).
59. R. G. E. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
60. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1868.
61. Staub, Hermann, Die juristische Construktion der dinglichen Rechte, in Kohlers Arch. Bd. 5. 1891.
62. v. Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 1904.
63. Stein,-Gaupp, Civilprozessordnung, 1901.
64. Stobbe,-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1896.
65. Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken, 1898.
66. Turnau,-Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1900.
67. Walch, Das Näherrecht, 3. Aufl. Jena 1795.
68. Wendt, Rechtssatz und Dogma in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 29.
69. Windscheid-Kipp, Pandekten, 1906.
70. Zeitschrift für den deutschen Civilprozess, 1887 Bd. C. (Fischer).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0002

§ 1.

Das Institut des Vorkaufsrechts mit seinen beiden Erscheinungsformen des obligatorischen und dinglichen Vorkaufsrechts ist das Ergebnis einer langen historischen Entwicklung, in der römische und deutsche Elemente aufeinander einwirkten und mit einander verbunden wurden. Wenn man das Vorkaufsrecht im Allgemeinen als das Recht definiert, kraft dessen der Berechtigte vom Verpfichteten bei einem zwischen diesem und einem Dritten geschlossenen Verkaufe vorzugsweise Beschaffung der verkauften Sache gegen Uebernahme der Kaufbedingungen verlangen kann, so finden wir ein solches Rechtsgebilde sowohl im deutschen, wie im römischen Recht.

Das römische Recht kannte nur ein obligatorisches Vorkaufsrecht, das sog. ius protimiseos im engeren Sinne (im weiteren bedeutet es jedes Vorzugsrecht).[1]) Dieses römische Vorkaufsrecht, welches sich übrigens zu einem wirklichen Rechtsinstitut niemals entwickelte und in den Quellen nur spärlich erwähnt wird,[2]) gehört ganz und gar dem römischen Obligationenrecht an. Es diente vorzugsweise dem verkehrsrechtlichen Bedürfnisse, eine Sache, die sich im Besitze eines bestimmten

---

[1]) S. Jaeger, Vorkaufsr. nach gem. Recht § 1 a. A.

[2]) Belegstellen siehe weiter unten im Texte. Litteratur: Göschen, Vorlesungen über d. gem. Civilrecht, Sintenis Das praktische gem. Civilrecht, v. Keller Pandekten, Windscheid-Kipp Pandekten, Jaeger Eduard, Das Vorkaufsrecht nach gem. Recht.

Inhabers befindet, nicht in missliebige Hände gelangen zu lassen, und kam wohl am häufigsten als Nebenvertrag bei einem Kaufvertrage vor: Der Verkäufer behielt sich das Recht vor, bei einem weiteren Verkaufe der Sache durch den Käufer in den Kauf einzutreten, um vorzugsweise Uebereignung der Sache gegen Uebernahme der mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen verlangen zu können.

Aber auch unabhängig von einem Kaufvertrage ist das ius protimiseos als selbständiges Recht unzweifelhaft anerkannt, in dem Sinne, dass es dem Berechtigten überhaupt die Befugnis gewährte, bei einem Verkaufe eines bestimmten Gegenstandes den Vorzug vor anderen Käufern zu beanspruchen. Jedenfalls waren seine Wirkungen rein persöhnlich, es ging in dem Anspruche gegen den Verplichteten bei einem Verkaufe der Sache dem Berechtigten Vorhand zu gewähren auf und besass keinerlei Kraft gegen Dritte. Der Vorkaufsberechtigte konnte nur gegen den Verpflichteten auf Beschaffung der Sache klagen; hatte dieser trotz des Vorkaufsrechts den Gegenstand dem dritten Käufer übereignet und konnte er seine Verpflichtung nicht erfüllen, so musste sich der Berechtigte mit dem Ersatz seines Interesses begnügen; gegen den dritten Käufer hatte er keinen Anspruch.

Ein solches Vorkaufsrecht konnte auf Gesetz beruhen, oder durch Vertrag oder Testament begründet werden.

Als gesetzliches Vorkaufsrecht ist namentlich das Vorkaufsrecht des Eigentümers bei der Emphyteuse zu erwähnen (l. 3 C 4, 66). Die Emphyteuse — die römische Erbpacht, — welche im weströmischen Reich als ius in fundo vectigali aufkam und sich allmählich aus einem obligatorischen Pachtverhältnisse zu einem dinglichen Rechte entwickelte, wurde von den justinianischen Kompilatoren unter starker Anlehnung an das griechische Recht (daher auch der Name) zu einem einheitlichen Institut ausgebildet, und war die regelmässige Form der Verleihung von Grundstücken durch Gemeinden an

Private. So spielte das ius protimiseos des Eigentümers des emphyteutischen Grundstücks als integrierender Bestandteil der Emphyteuse eine grosse Rolle.

Der Emphyteuta konnte sein Recht ohne Einwilligung des Grundherrn verkaufen, aber der Eigentümer hatte ein Vorkaufsrecht, kraft dessen er den Uebergang seines Grundstückes in missliebige Hände verhüten konnte. Dieses Recht war noch besonders gesichert durch die Strafe des Verlustes der Emphyteuse, falls der Emphyteuta unter Verletzung des Vorkaufsrechts verkaufen sollte; es konnte also in einem solchen Falle der Eigentümer das Grundstück wieder an sich ziehen. Das veranlasste manche älteren Schriftsteller eine dingliche Wirkung bei diesem Vorkaufsrecht anzunehmen. Aber das ist nicht richtig, der stärkere Schutz des Berechtigten hat hier seinen Grund in dem emphyteutischen Verhältnisse und nicht in dem ius protemiseos als solchen.

Etwas dem gesetzlichen Vorkaufsrechte Aehnliches kam bei der venditio bonorum vor, d. h. beim Verkaufe des Vermögens eines Gemeinschuldners, gegen den die Zwangsvollstreckung (missio in bona) betrieben wurde. Bei dieser Versteigerung im Konkurse haben nach l. 16 D. 42,5 die Gläubiger, und nach ihnen die Verwandten vor anderen Bietern bei gleichem Gebote den Vorzug; unter den Gläubigern geht derjenige, welcher das meiste zu fordern hat, vor. Das ist allerdings kein eigentliches Vorkaufsrecht, da es sich hier nicht um Eintritt in einen Kauf handelt, sondern um ein Vorzugsrecht bei gleichem Gebote. Der Berechtigte muss also mitbieten, und sein Gebot kann dem des Dritten vorausgehen. Auch Jaeger[1]) der dies Vorzugsrecht als ius protimiseos auffasst, giebt zu, dass es von den übrigen mehrfach abweicht. Bechmann[2]) nennt es ein unvollkommenes Vorkaufsrecht.

Zu den gesetzlichen Vorkaufsrechten wurde früher auch das Vorkaufsrecht des ersten Käufers bei der

[1]) Jaeger Ed. a. a. O. S. 9.

[2]) Bechmann. a. a. O. II. § 188 Anm.

addictio in diem gerechnet (l. § 7, 8 D. 18, 2), was aber nicht zutreffend ist, da hier der erste Käufer die vom späteren Käufer gebotenen Bedingungen überbieten muss.[1]) Streitig ist ebenfalls die Natur des Vorzugsrechts, welches der fiscus auf Metalle hat (l. 1 C. 11, 7) (6). Jaeger sieht darin entweder Expropriation oder gesetzlichen Kontrahirungszwang, dagegen ist es bei Windscheid-Kipp[2]) als Vorkaufsrecht aufgefasst.

Das auf Willenserklärung beruhende ius protimiseos entbehrt ganz und gar einer ausführlicheren Darlegung in den Quellen. Die in den Digesten erwähnten Kaufvorbehalte (fr. 75 D. 18,1; l. 21 § 5 D. 19,1 u. l. 122 § 3 D. 45,1) sind nicht als Vorkaufsrechte anzusehen; es sind Nebenabmachungen, welche festsetzen, dass falls eine Sache verkauft werden solle, sie niemandem anderen als dem Berechtigten verkauft werden dürfe.[3]) Man behalf sich bei den vertragsmässigen Vorkaufsrechten mit den allgemeinen Vorschriften über Verträge und sah meistens darin eine Verpflichtung zum Vertragsschlusse, so das in erster Linie die Regeln über das pactum de contrahendo in Anwendung kamen.[4]) Jedenfalls tritt auch hier der rein obligatorische Charakter dieses Rechts deutlich hervor.

Eine ganz andere Rolle spielte das Vorkaufsrecht in der deutschen Rechtsentwicklung. Auch das deutsche Recht kennt solche vertragsmässigen Vorkaufsrechte, welche zwischen den Kontrahenten wirkten, wenngleich auch diese durch besondere Parteiabrede Wirkung gegen Dritte erlangen konnten,[5]) aber der Schwerpunkt der Ent-

---

[1]) Jaeger, Vorkaufsr. S. 13. Bechmann a. a. O. II. § 251 S. 508 Anm. 2.

[2]) Windscheid-Kipp, S. 604 Anm. 13.

[3]) S. Sintenis a. a. O. II. S. 649 Anm. 235. Jaeger Ed. a. a. O. S. 20—24.

[4]) Jaeger S. 9.

[5]) Stobbe-Lehmann, Band 3 S. 220; Laband S. 270/71 führt aus, dass diese Wirkung von Natur aus dem vertragsmässigen Vorkaufsrecht zukam und begründet sie durch eine Veräusserungsbeschränkung des Auctors zu Gunsten des Klägers.

wicklung des Vorkaufsrechts liegt im deutschen Immobiliarrecht, wo es mit anderen Rechtsgebilden verbunden, zu einem den ganzen Immobiliarverkehr beherrschenden Rechtsinstitute, dem Retrakt- oder Näherrechte, sich entwickelte. Dieser Entwicklungsgang entsprach der dem deutschen Recht eigentümlichen Tendenz zur Bildung gewisser nach aussen abgegrenzter, auf Grundbesitz als der vornehmsten Grundlage jeder sozialen Stellung fundierter Gesellschaftsgruppen. Die ältesten und wichtigsten Näherrechte haben ihre tiefste Wurzel in dem ursprünglichen Gesamteigentum der Familie, andere entstanden selbständig neben ihnen, oder wurden ihnen nachgebildet.

Ursprünglich konnte ein Grundstück nur mit Einwilligung der interessierten Familienmitglieder, also besonders der Erben, verkauft werden. Wurde es widerrechtlich ohne Consens veräussert, so war ein solches Rechtsgeschäft ungültig. Die Erben konnten binnen Jahr und Tag das verkaufte Gut ohne Weiteres an sich ziehen.[1]) Sie hatten ein Beispruchrecht, das gegenüber jedem dritten Besitzer des Grudstücks durchdrang und also zweifellos dinglichen Charakter hatte. Ein solches Recht musste natürlich im Laufe der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung bald als ziemlich lästig empfunden werden. Und so kam es, dass es, zuerst in den Städten, auf ererbtes Gut beschränkt wurde.

Mit fortschreitender Entfaltung des Rechtsverkehrs, und allmählicher Auflösung des früheren Gesammteigentums der Familie wurde dann das Beispruchsrecht, zuerst für die Fälle der echten Not, dahin abgeschwächt, dass der Eigentümer zwar sein Grundstück veräussern konnte, aber es zuerst den berechtigten Erben zum Kauf anbieten musste. Schlug der Erbe das Angebot aus, so hatte der Veräusserer freie Hand. Erfolgte aber die Veräusserung unter Verletzung dieser Vorschrift, so konnte es der Berechtigte binnen Jahr und Tag von dem Dritten zurück-

[1]) Sachsen-Sp. I. 52, § 1.

fordern gegen Zahlung des Kaufpreises, welchen der Käufer für das Grundstück bezahlt hat.[1])

Wir sehen, dass dieses ursprüngliche Näherrecht ganz deutlich die Form eines Vorkaufsrechts mit dinglicher Wirkung aufweist, und es daher nicht richtig ist, wenn man von Anfang an nach einem grundsätzlichen Unterschiede zwischen Vorkaufsrecht und Näherrecht sucht, im Gegenteil Vorkaufsrecht und dingliches Rückforderungsrecht gegen den Dritten waren engstens mit einander verbunden.

Unabhängig von den Beispruchsrechten bestand schon nach altem burgundischen Volksrecht ein Vorkaufsrecht eines der beiden hospites, welche ein früher einheitliches Grundstück bei der Ansiedlung geteilt bekommen haben, falls der andere seinen Anteil verkaufen wollte. (L. Burgund. 84 § 2). Ebenso bezeugen zahlreiche bäuerliche Weistümer, namentlich aus Süddeutschland, dass nicht nur die Erben ein Vorkaufsrecht hatten, sondern auch die, welche auf einem Teile eines früher einheitlichen Gutes sassen, oder die Hofgenossen, die Grundherrschaft u. s. w.[2])

So wurden neben der Erblosung durch dasselbe Bedürfnis, einem geschlossenen Kreise bei Veräusserung von Grundstücken Vorzugsrechte gegen aussenstehende Dritte zu gewähren, derartige Retrakt- Einstands- oder Näherrechte auch auf anderen Gebieten wachgerufen.

Die wichtigsten sind die Marklosung,[3]) Retraktrecht der Markgenossen gegenüber Auswärtigen, die Nachbarlosung,[4]) welche wieder den engeren

---

[1]) Ditthmars. L. R. v. 1467, § 144 ff. § 188 ff, v. 1539 Art. 100—102 und 113. Nürnberger Ref. v. 1564 XXIII, 5. Lüb. Stadtr. I. X Art. 6. und III, 7 Art. I. Hamb. Stadtr. II., 8., Art. I. Siehe näheres b. Gierke D. Privatr. II. 3, 2 S. 772. Anm. 28.

[2]) Vergl. besonders Grimm Weistümer I. 15. § 45. 158. § 31, 348 § 10. Im übrigen s. Stobbe-Lehmann a. a. O. 2,1 § 118. S. 471.

[3]) Württemb. L. R. II. 16 § 17 s. Kraut, Grundzüge zu Vorles. über deutsch. Privatr. § 130,9.

[4]) Budjadinger L. R. art. 18—27 b. Pufendorf Observ. iur. un.

Kreis der Nachbarn umfasste und auch gegen die Markgenossen wirkte, die Ganerbenlosung der Miteigentümer, und Geteilenzugrecht oder Teillosung[1] der Inhaber von Teilen eines früher einheitlichen Grundstückes, das Losungsrecht der Hofgenossen, der Grundherrschaft, und ein deutschrechtlicher Retrakt des Lehnsherrn, wenn der Vasall das Lehen ohne seine Genehmigung veräussert hat.[2]

Alle diese Näherrechte stimmen in der Grundform mit der Erblosung überein, und hatten ebenfalls den Charakter eines dinglichen Vorkaufsrechts. Dieser Charakter bewahrte sich jedoch nicht allgemein, und wir finden auch Retraktrechte, die vom Vorkaufsrechte völlig losgelöst sind. Solche Retraktrechte waren also lediglich dingliche Rückforderungsrechte, die nicht mit Abschluss des Kaufvertrages, sondern erst mit dem Augenblicke der Uebertragung an den Erwerber in Wirksamkeit traten, dann aber auch gegen jeden dritten Besitzer wirkten. Bei dieser Gestaltung des Näherrechts trat der Berechtigte zu dem Verkäufer des Grundstücks überhaupt in kein Rechtsverhältnis, es stand ihm eben lediglich ein selbstständiges gegen Dritte wirkendes Retraktrecht zu.

Diese Konstruktion wurde besonders immer mehr vorherrschend, als das römische Recht recipiert wurde und der hier ausgeprägte Unterschied zwischen Sachenrecht und Obligation ein gegen Dritte wirkendes Vorkaufsrecht als ein Unding erscheinen liess. Einen solchen grundsätzlichen, begrifflichen Unterschied zwischen Vorkaufsrecht und Näherrecht hat namentlich Walch[3] zuerst ausführlicher begründet, von neueren Schriftstellern halten an ihm fest Renaud,[4] und Heusler,[5]. Wir folgen der von Gierke und Stobbe-Leh-

[1] Oeffnung von Höngg. b. Grimm Weistümer I., 8.
[2] Münchner Stadtr. 153.
[3] Walch, a. O. S. 89.
[4] Renaud, S. 257, 276.
[5] Heusler, II. 64.

mann[1]) vertretenen Ansicht, dass ursprünglich im deutschen Recht Vorkaufsrecht und Retrakt eng verbunden waren und die Form eines verdinglichten Vorkaufsrechts annahmen, und dass erst später reine Retraktrechte vorkamen, aber auch nicht allgemein geltend wurden.

Die Reception des römisch-italienischen Rechts brachte zunächst eine neue Belebung der Näherrechte auf Grund der durch die romanistische Jurisprudenz des Mittelalters ausgebildeten römisch-rechtlichen Theorie mit sich. So leiteten ältere französische Juristen direkt aus dem römischen Recht das Institut des Retrakts her, indem sie sich auf l. 14 C. 4,38 beriefen, wo durch ein Edict der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius ein altes Näherrecht der Verwandten, das wahrscheinlich nur provinzielle Geltung gehabt hat, aufgehoben wird, und behaupteten, dass in Gallien das Aufhebungsgesetz nicht publiziert sei.[2]) Auch haben sich in den italienischen Statutarrechten zahlreiche Retraktrechte ausgebildet, und ebenso kannte das langobardische Lehnrecht ein Retraktrecht des Lehnsherrn und der Lehnsfolger.[3]) Endlich kam in Unteritalien ein aus dem byzantinischen Rechte stammendes Näherrecht auf, das in einer Konstitution Friedrichs II. geregelt ist.[4])

Diese Näherrechte wurden mit der römisch-rechtlichen Doktrin zum Teil nach Deutschland verpflanzt und blieben nicht ohne Einfluss auf die reiche und mannigfaltige Ausbildung der Näherrechte in den deutschen Partikularrechten des Mittelalters. Missverstandene römische Gesetze wirkten oft auf die Entwicklung der Näherrechte ein, so namentlich c. un. C 11, 56 auf die Marklosung,[5]) ob-

---

[1]) Gierke, II. 3, 2 S. 772, Stobbe-Lehmann S. 481, und gegen Renaud Anm. 28 S. 489.

[2]) Mittermaier, Grunds. d. gem. deutsch. Privatrechts 1838 II. § 284 Anm. 4.

[3]) II. F., 9 § 3 u. II. F. 26 § 14.

[4]) Publikationsjahr unbekannt. II. F. 13 u. Mon. Germ. L. L. II. p. 332.

[5]) Renaud a. a. O. S. 244.

gleich an dieser Stelle von einem Näherrecht nicht die Rede ist. Diese constitutio verbietet vielmehr den Bürgern einer Metrocomie bei Strafe der Nichtigkeit die Veräusserung ihrer Gütter an Auswärtige. Neu kommen hinzu der Retrakt der Reichsritterschaft, des landsässigen Adels, des dominus utilis beim Verkaufe des dominium directum durch den Herrn u. s. w.[1])

Allmählich aber macht sich seit der Aufnahme des römischen Rechts ein langsamer Niedergang der Retrakt- und Näherrechte geltend. Der dem römischen Recht eigentümliche individualistische Charakter, welcher den Einzelmenschen als ausschliessliches Rechtssubjekt anerkennt und in seinem Interesse ein abstraktes und freiheitlich gestaltetes Verkehrsrecht ausbildete, wirkte immer mehr zersetzend auf die deutschrechtlichen Gruppierungen und Genossenschaftszusammenhänge. Hand in Hand ging damit auch die wirtschaftliche Entwicklung, welche immer mehr auf Befreiung des Grundstücksverkehrs von den beengenden Fesseln und auf Entfaltung eines freien Immobiliarverkehrs hinzielte. So verloren denn die Retrakt- und Näherrechte immer mehr an zeitgemässem Charakter. Partikularrechtlich wurden sie zwar erhalten, und sogar hier und dort weitergebildet, aber es fehlte bereits jeder einheitliche Gedanke, die mannigfaltigen, einander widersprechenden Bestimmungen entbehrten jeglichen allgemeinen Princips, und die juristische Theorie vermochte auf diesem Gebiete keine neuschaffende Tätigkeit zu entwickeln. Das alles trug dazu bei das absterbende Institut immer mehr als lästige und veraltete Fessel erscheinen zu lassen. Zur Zeit der grossen Codifikationen gehören die Retrakt- und Näherrechte schon ganz deutlich der Vergangenheit an. So wurde z. B. in Oesterreich in den Jahren 1781—1787 eine Anzahl von Gesetzen erlassen, durch welche fast alle Einstandsrechte aufgehoben wurden.

Einen bedeutsamen Wendepunkt in der Geschichte es Näher- und Vorkaufsrechts bedeutet das Allg. Pr.

[1]) Vergl. Stobbe-Lehmann 2,1 S. 474.

Landr. Wir stehen dort an der Schwelle einer neuen Entwicklungsphase: einerseits werden nämlich die veralteten, den Erfordernissen der neuen Zeit nicht mehr entsprechenden, Näherrechte zum grossen Teil abgeschafft, so in A. L. R. I., 20 § 650 das Geteilenzugrecht und die Nachbarlosung, und ebenso in II., 4 § 227, 228 das Familiennäherrecht, anderseits aber blieben die preussischen Gesetzgeber bei dieser negativen Aufräumungsarbeit nicht stehen, sondern versuchten zugleich auch positiv das Institut des Vorkaufsrechts weiterzubilden und auf moderner Grundlage umzugestalten.

In A. L. R. I., 20 3. Abschnitt wird zunächst der Begriff des Vorkaufsrechts im engeren Sinne scharf formuliert, als die Befugnis eine von dem Eigentümer an einen Dritten verkaufte Sache unter den Bedingungen des geschlossenen Kaufes[1]) käuflich zu übernehmen. Aus diesem Grundbegriff wird dann das persönliche und dingliche Vorkaufsrecht abgeleitet, indem das erstere nur gegen den Verpflichteten wirkt, das zweite aber auch gegenüber jedem dritten Erwerber wirksam ist. So werden beide Rechte in engster Verbindung mit einander behandelt und unter die Rechte auf Substanz einer fremden Sache eingereiht.

Es entspricht dies der für das A. L. R. charakteristischen Tendenz persönliche und Sachenrechte möglichst miteinander zu verbinden. Bei dem persönlichen Vorkaufsrechte wird der Grundsatz des gemeinen Rechts, dass die einem Dritten widerrechtlich verkaufte und übergebene Sache von dem Berechtigten nicht zurückgefordert werden kann, durch die Ausnahme durchbrochen, dass der Berechtigte den Dritten belangen kann, falls dieser Kenntnis vom Vorkaufsrecht gehabt hat. Das dingliche Vorkaufsrecht ist ausdrücklich auf unbewegliche Sachen beschränkt. Das durch Willenserklärung entstandene Vorkaufsrecht muss ins Hypothekenbuch einge-

[1]) Daneben wird allerdings auch die Vorausbestimmung des Preises zugelassen. A. L. R. I. 20 § 568.

tragen sein, beim gesetzlichen muss die Qualität des Grundstücks aus dem Hypothekenbuch hervorgehen. Der alte, von der gemeinrechtlichen Doktrin zum grundsätzlichen Gegensatz erhobene Unterschied zwischen Vorkaufsrecht und Retraktrecht kommt auch im A. L. R. zum Ausdruck in der besonderen Regelung des dinglichen Rückforderungsrechts gegen den Dritten, das aber trotzdem nichts Anderes ist, als eine Funktion des dinglichen Vorkaufsrechts als solchen. So wurde im A. L. R. für das moderne Recht das dingliche Vorkaufsrecht gewissermassen neu geschaffen.

Die schon im A. L. R. deutlich hervortretende Neigung zur Abschaffung der gesetzlichen Näherrechte wurde im 19. Jahrhundert, dem Jahrhundert der freien Entfaltung der wirtschaftlichen Kräfte, immer stärker. In Preussen wurde durch Edikt vom 9. Oktober 1807 und namentlich durch das Gesetz vom 12. 3. 1851 die meisten gesetzlichen Näherrechte aufgehoben. Das B. G. B. kennt keine gesetzlichen dinglichen Vorkaufsrechte, solche bestehen nur noch auf dem Gebiete des Landesrechts, und zwar in Preussen die dinglichen Vorkaufsrechte im Enteignungsrecht und Bergrecht, vergl. Preussisches Enteignungsgesetz § 57 und Preussisches Berggesetz § 141 und das dingliche Vorkaufsrecht bei Renten und Ansiedlungsgütern, vergl. Gesetz vom 8. Juni 1896 § 27.

§ 2.

Wie eben bemerkt, kennt das B. G. B. abgesehen von dem gesetzlichen Vorkaufsrecht des Miterben, das aber nur den verkauften Anteil an dem Nachlasse als solchen, nicht die einzelnen Sachen ergreift, ein dingliches Vorkaufsrecht nur auf rechtsgeschäftlicher Grundlage.

In den Kommissionen zur Ausarbeitung eines B. G. B. wurden auch gegen Einführung eines solchen vertragsmässigen Vorkaufsrechts schwere Bedenken erhoben. In der ersten Kommission wurde ausdrücklich darauf hin-

gewiesen[1]), dass ein sich auf mehrere Verkaufsfälle erstreckendes Vorkaufsrecht der modernen Tendenz der Entlastung des Grundeigentums widerspreche, ferner wurde entgegengehalten,[2]) dass durch eine derartige Belastung der Wert des Grundstückes erheblich gemindert würde, ohne dass eine eventuell ausgeübte Berechtigung für ihren Inhaber einen der Minderung gleichkommenden Wert besässe. Diese Zweifel machen sich auch in der zweiten Kommission geltend, wie die Anträge[3]) bezeugen, einen Vorbehalt für die das Vorkaufsrecht aufhebenden oder beschränkenden landesgesetzlichen Vorschriften zu machen. Für die Einführung sprachen volkswirtschaftliche und socialpolitische Erwägungen, so besonders die Absicht den Grossgrundbesitzern Möglichkeit zu verschaffen, einzelne Parzellen an Kleingrundbesitzer zu veräussern, ohne sich des Einflusses auf einen weiteren Verkauf zu entschlagen; ferner wollte man dadurch die Sesshaftmachung ländlicher und industrieller Arbeiter fördern, indem man einen Ersatz für die frühere Landleihe und Erbpacht schuf. So entschied man sich im Anschluss an das preussische A. L. R. für die Einführung eines an die altdeutschen Retrakte erinnernden Vorkaufsrechts, unter Beschränkung auf Grundstücke und mit Ausgestaltung als Grundstücksbelastung.

§ 1094 Abs. 1 B. G .B. sagt: »Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass derjenige zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist«. Zur Enstehung einer solchen Belastung ist nach § 873 B. G. B. Einigung und Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Ausserordentlich bestritten ist dagegen, ob auch der obligatorische Vertrag, in dem sich jemand zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts verpflichtet der im § 313 B. G. B. vorgeschriebenen Form bedarf, oder ob er formlos geschlossen

[1]) Motive III. S. 449.
[2]) Motive III. S. 448.
[3]) Protokolle III. S. 753.

werden kann. Dieselbe Meinungsverschiedenheit besteht auch hinsichtlich der Bestellung eines persönlichen Vorkaufsrechts an einem Grundstücke, wie ja auch in beiden Fällen zwischen den Vertragsparteien grundsätzlich dasselbe Rechtsverhältnis entsteht (vergl. § 1098_1). Planck[1]) Staudinger-Kober,[2]) Dernburg,[3]) Neumann[4]) und Fischer[5]) sind der Ansicht, dass der Vertrag gemäss § 313 gerichtlich oder notariell beurkundet werden muss, ebenso Poppe[6]) speciell für die Begründung des obligatorischen Vorkaufsrechts an einem Grundstücke; Maenner,[7]) Oberneck[8]) und Schader[9]) vertreten dagegen die Ansicht, dass § 313 in diesem Falle keine Anwendung findet.

In der Judikatur der höchsten Gerichte finden, wie ebenfalls die zwei Meinungen vertreten. Das O. L. G. Jena[10]) sieht in dem obligatorischen Begründungsvertrag des Vorkaufsrechts einen doppelt bedingten Kaufvertrag und fordert daher die Erfüllung der Formvorschrift des § 313 B. G. B., ebenso ist das Kammergericht[11]) der Ansicht, dass der Anspruch schon mit der Bestellung des Vorkaufsrechts entsteht und nur aufschiebend bedingt ist.

Auch das Reichsgericht hat sich in einem Urteil (R. G. E. 59, S. 132) dieser Ansicht angeschlossen und sich für die Anwendung der § 313 ausgesprochen. In einem anderen Urteil jedoch ist im gerade entgegengesetzten Sinne entschieden; es wird dort die Anwendung des § 313 verworfen (R. G. E. 60 S. 225). Allerdings wird in diesem

---

[1]) Planck 3 S. 481 Vorbem. zum Vorkaufsr. Nr. 4.
[2]) Staudinger-Kober § 1094 Anm 2.
[3]) Dernburg, Bürgerl. Recht 2,2 § 197, IV. Anm. 2 a.
[4]) Neumann Anm. 1 zu § 1094 und Vorbem. zu § 504—514, 1 b.
[5]) Fischer-Henle § 504 Anm. 2.
[6]) Poppe S. 40.
[7]) Maenner S. 343.
[8]) Oberneck Anm. 3 § 100.
[9]) Schader S. 26, 27.
[10]) Mugdan-Falkmann I. S. 293.
[11]) Mugdan- Falkmann II S. 73.

Urteil ausdrücklich gesagt, dass die Besonderheiten des dinglichen Vorkaufsrechts, die für oder gegen die Formfreiheit des ein solches Recht begründenden Vertrages sprechen, hier ausser Betracht gelassen werden, insbesondere die Bezeichnung des Vorkaufsrechts als Belastung eines Grundstücks (§ 1094 B. G. B.), doch dürfte sich ausser dieser Bezeichnung keine Besonderheit finden lassen, die in diesem Punkte für das dingliche Vorkaufsrecht eine abweichende Behandlung begründen sollte.

Wir sind der Ansicht, dass sowohl der Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht an einem Grundstücke eingeräumt wird, als auch der obligatorische Vertrag, der auf Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts hinzielt, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gemäss § 313 B. G. B. bedarf. Das dingliche Vorkaufsrecht ist zwar formell genommen eine Belastung, und die obligatorischen Verträge, durch welche eine Belastung eingeräumt wird, sind regelmässig formfrei, aber die Belastung eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrecht involviert unzweifelhaft eine, wenn auch bedingte, Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, daher muss unserer Ansicht nach § 313 B. G. B. Anwendung finden.

Ein Formmangel des obligatorischen Vertrags wird jedoch durch die nachfolgende formelle Einigung und Eintragung geheilt. Der § 313 besagt zwar nur, dass der ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form geschlossene Vertrag durch Auflassung und Eintragung nachträglich Gültigkeit erlange, aber dies ist auf das Vorkaufsrecht angewendet unbedenklich dahin zu interpretieren, dass auch die das Vorkaufsrecht konstituirende Einigung und Eintragung den Formmangel des Grundgeschäfts heile.[1])

Eine Ersitzung des Vorkaufsrechts ist ausgeschlossen, da das Erfordernis des § 900, Besitz des Eingetragenen, fehlt. Gemäss § 1095 kann der Bruchteil, eines Grundstüks, d. h. nach dem Sprachgebrauche des

[1]) Ebenso Planck und Staudinger-Kober a. a. O.

B. G. B. ein ideeller Anteil des Rechts am Grundstücke nicht belastet werden, eine Ausnahme ist für den Anteil eines Miteigentümers gemacht.

Was den Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts anbetrifft, so ensteht zunächst ein durch Vertrag begründetes Rechtsverhältniss, kraft dessen der eine Teil, der Vorkaufsberechtigte, von dem anderen Teile, dem Grundstückseigentümer als Vorkaufsverplichteten, bei einem Verkaufe des belasteten Grundstücks, die vorzugsweise Uebereignung desselben gegen Uebernahme der Kaufbedingungen verlangen kann. Diese Beziehungen entsprechen also denen beim obligatorischen Vorkaufsrecht. Die specifischen Eigenschaften des dinglichen Vorkaufsrechts offenbaren sich hauptsächlich nach folgenden drei Richtungen:

1. Es kann als subjektiv-dingliches bestellt werden.

2. Es erweitert, wenn es sich auf mehrere oder alle Verkaufsfälle erstreckt, den Kreis der Verpflichteten.

3. Es wirkt als dingliches Recht gegen Dritte.

Das dingliche Vorkaufsrecht kann nämlich in der Weise bestellt werden, dass es dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zusteht (§ 1094 Abs. 2), es wird hier also das Vorkaufsrecht analog andereren Belastungen als subjektiv-dingliches Recht an ein herrschendes Grundstück gebunden, so dass die vom ursprünglichen Kontrahenten erworbene Berechtigung ohne Weiteres mit dem Eigentum am Grundstücke auf einen neuen Erwerber übergeht. Entsprechend geht bei einem für mehrere Verkaufsfälle bestellten Vorkaufsrecht die passive Seite der Obligation auf jeden neuen Erwerber des Grundstücks über. Die dritte und wichtigste Erweiterung ist endlich, dass die Wirkung des Vorkaufsrechts an Grundstücken sich nicht auf den Verpflichteten beschränkt, sondern auch jeden verletzenden Erwerb seitens Dritter dem Berechtigten gegenüber unwirksam macht. Nur eine weitere Folge der dinglichen Ausgestaltung des Vorkaufsrechts ist seine Behandlung im Konkurse und bei der Zwangsvollstreckung, wovon noch unten die Rede sein wird.

Schon diese allgemeine Darstellung des Inhalts des in Frage stehenden Rechts, zeigt, dass hier obligatorische und dingliche Elemente innig mit einander verbunden sind. Bevor wir deshalb die Rechtsverhältnisse zwischen dem Berechtigten, dem Verpflichteten und dem Dritten näher beleuchten, ist es unumgänglich notwendig, sich von der rechtlichen Natur des Vorkaufsrechts an Grundstücken Rechenschaft zu geben und eine einheitliche alle Erscheinungen umfassenden juristische Konstruktion dieses ziemlich komplizierten Instituts zu versuchen. Erst auf dieser Grundlage werden wir das Verhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten, und namentlich seine Stellung zum Dritten, wie sie im § 1098 Abs. 2 bestimmt wird, näher erörtern.

§ 3.

Die oben bemerkte Verbindung dinglicher und obligatorischer Momente bewirkt, dass eine Konstruktion des Vorkaufsrechts an Grundstücken vom Standpunkte der herrschenden Theorie des tiefen begrifflichen Unterschieds persönlicher und dinglicher Rechte nicht leicht ist.

Die gemeinrechtliche Doktrin lehrt: das obligatorische Recht richtet sich gegen eine bestimmte Person, den Schuldner, und erschöpft sich in einem Anspruch auf Leistung gegen diesen; das dingliche Recht dagegen hat zum unmittelbaren Objekte eine Sache, es ergreift sie als solche und richtet sich daher gegen Jedermann.[1]) Das römische Vermögensrecht ist unzweifelhaft auf diesen Prinzipien aufgebaut, und es ergeben sich da keine besonderen Schwierigkeiten für die Unterordnung der einzelnen Rechte unter die erwähnten Kategorien. Dagegen entstanden in der neueren Rechtsentwickelung, namentlich unter deutschrechtlichem Einflusse, Rechtsinstitute, auf welche sich jene Grundsätze nicht ohne Weiteres anwenden lassen; das gilt von der Reallast, der Grundschuld und

[1]) Vergl. Dernburg Band I. § 22 I.

besonders auch von dem dinglichen Vorkaufsrechte. Deshalb spricht auch Planck[1]) von den Schwierigkeiten, welche die Verdinglichung des Verkaufsrechts macht, und für Fuchs[2]) ist das dingliche Vorkaufsrecht ein Beweis für die Unhaltbarkeit des herrschenden Dinglichkeitsbegriffes. Das nötigt uns bei der Frage nach der rechtlichen Natur des Vorkaufsrechts auch zu dem allgemeinen Problem der Dinglichkeit Stellung zu nehmen.

Die Motive zum B. G. B., welches bekanntlich dingliche und persönliche Rechte der herrschenden Lehre gemäss streng unterscheidet, sagen darüber folgendes:[3]) »Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache. Darauf, ob diese Macht von dem Berechtigten selbst, oder nur in einem von den Organen der Rechtsordnung geleiteten Verfahren ausgeübt werden darf, ist kein Gewicht zu legen. Entscheidend ist nur, dass das Recht sich ohne den Willen eines Anderen zu betätigen vermag, dass das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erfordert wird. Hieraus folgt zugleich, dass dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eingentlichen Sinne, an körperlichen Dingen. Ueber Dinge, die nur in der Vorstellung bestehen, namentlich über Sachgesammtheiten und Rechte lässt sich eine reale Macht nicht üben.«

Die letzte Behauptung, aus welcher geschlossen werden muss, dass zum Begriff des dinglichen Rechts reale Macht gehört, geht jedenfalls entschieden zu weit und bietet daher den Gegnern der herrschenden Lehre einen willkommenen Angriffspunkt. Von hier geht auch Fuchs in seiner Polemik gegen den herrschenden Dinglichkeitsgriff (»Das Wesen der Dinglichkeit«) aus.[4]) Er betont, dass reale Macht lediglich Ausfluss des Besitzes sei und daher niemals zum Wesen des Rechts gehören

---

[1]) Plank a. a. O. III. Vorb. S. 9.
[2]) Fuchs, Wesen der Dinglichkeit S. 51.
[3]) Mot III. S. 2.
[4]) Fuchs a. a. O. S. 12, 13.

könne, aber er geht noch weiter und meint, dass es überhaupt unmittelbare rechtliche Beziehungen zur Sache nicht geben könne, weil das Recht nur eine Beziehung von Person zu Person sei, und »um mit Bruhns [1]) zu reden, zwischen Person und Sache überhaupt kein Recht, sondern nur Faktum möglich sei.« Man kann daher nach Fuchs keinen anderen Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten finden, als das jene absolut, diese relativ sind: »Dinglichkeit ist Absolutheit.« [2])

Nicht ganz soweit geht Oertmann,[3]) welcher die Kategorie der dinglichen Rechte wegen ihres Zweckes, der jedoch nicht in den Rechtsbegriff gehöre, beibehalten wissen will. Aber auch er verneint die Möglichkeit einer unmittelbaren rechtlichen Beziehung zwischen Person und Sache und lösst die dinglichen Rechte in einzelne Ansprüche gegen andere Menschen auf.[4]) »Das Recht pflegt sich nur in einzelnen Ausübungsakten, in konkreten Ansprüchen gegen bestimmte Gegner zu manifestieren.« [5]) Und weiter auf die Unterscheidung persönlicher und dinglicher Rechte eingehend, sagt er: »Richtet sich das Gebot (»der konkrete Anwendungsfall der Norm«) gegen eine einzelne bestimmte Person, so ist das Recht ein persönliches, ein relatives; in dieser Bestimmtheit und Ausschliesslichkeit der Beziehung liegt der Unterschied der Obligation vom dinglichen Recht.«

Das Resultat ist: »dingliche und obligatorische Rechte unterscheiden sich nur durch die verschiedene Erstreckung des Anspruchs.« [6])

So gehen nach dieser Auffassung die dinglichen Rechte in den absoluten auf, obgleich sie sich doch bei unbefangener Betrachtung ihrem ganzen Wesen nach von anderen absoluten Rechten z. B. den Persönlichkeitsrechten

---

[1]) Bruhns, Pandektenrecht i. Holtzendorfs Encyklopädie I. S. 408.
[2]) Fuchs a. a. O. S. 17.
[3]) Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff.
[4]) Oertmann a. a. O. S. 455.
[5]) Oertmann a. a. O. S. 458.
[6]) Oertmann a. a. O. S. 460.

in jeder Hinsicht unterscheiden. Diese Theorie verflüchtigt eben ganz und gar den Inhalt des dinglichen Rechts, und indem sie dieselben auf ganz negativer Basis konstruiert, setzt sie in abstrakte Ansprüche gegen alle Menschen diejenigen Rechte um, welche doch die realsten und positivsten Lebensverhältnisse darstellen. »Diese rein negative und abstrakte Verpflichtung der ganzen Welt hat keinen Anspruch darauf zu einem besonderen Begriffe erhoben zu werden. Sie ist nichts als der Schatten, den das Recht in die Aussenwelt wirft, eine Uebersetzung aus dem positiven in das negative,« so sagt mit Recht Ihering,[1]) welcher zuerst an Stelle der abstrakten Willensmacht einen konkreten Inhalt dem Recht zu geben versucht hat und das subjektive Recht als rechtlich geschütztes Interesse erklärt hat.[2])

Aber, wenn man auch nicht einseitig seinen Standpunkt einnimmt, sondern die von der Rechtsordnung gewährte Willensmacht als den eigentlich motorischen Faktor im Recht ansieht, jedenfalls wird man das Zweckmoment nicht ganz aus dem Begriff des Rechts ausschalten können,[3]) weil erst dadurch die Willensmacht eine bestimmte Orientation gewinnt, »Beides gehört zusammen.«[4]) Von diesem Standpunkt aus ist eine unmittelbare Relation des Rechtssubjekts zur Sache recht möglich. Allerdings verlangt, wie Kohler[5]) richtig bemerkt, die Rechtsordnung die Koegsistenz mehrer Rechtssubjekte, und dies ist auch Voraussetzung des Einzelrechts, aber es ist damit durchaus verträglich, dass auch die Sache unmittelbares Objekt des Rechts sein kann, indem die Rechtsordnung auch das Verhältnis der Person zu dem

---

[1]) Jahrb. f. Dogm. X. S. 392.

[2]) Ihering, Geist des römischen Rechts II, 2 § 60.

[3]) Vergl. Stobbe-Lehmann 2 Bd. § 75.

[4]) Bruhns Eck-Mitteis i. Holtzendorfs-Kohlers Encyklopädie § 13. S. 310. Aenlich Regelsberger a. a. O. I. § 141. Anders Windscheid-Kipp I. § 37, § 38.

[5]) Kohler bei Grünhut XIV. S. 6.

Dinge selbst bestimmt.[1]) Es ergiebt sich eben daraus, dass das dingliche Recht zwei Seiten hat, ein inneres Herrschaftsverhältnis des Menschen zur Sache und eine äussere defensive Wirksamkeit gegen jeden Verletzenden. Beide Seiten ergänzen sich, und so kann man gewissermassen mit Gierke sagen:« Ob man das Eigentum sich als Herrschaft über Jedermann in Bezug auf die Sache, oder als Herrschaft über die Sache gegenüber Jedermann denkt, ist gleichgültig.[2])

Wir sind damit auf demselben Standpunkte angelangt, den die meisten Juristen[3]) inbetreff des dinglichen Rechts einnehmen, wir erkennen den Gegensatz zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten an, und sehen in dem letzteren eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache, als deren Folge die Absolutheit erscheint.

Von diesem Standpunkte versuchen nun die Motive ein dingliches Vorkaufsrecht an Grundstücken zu konstruiren, und zwar verfolgen sie hierbei den Zweck das obligatorische Vorkaufsrecht dinglich zu sichern.[4]) Unter Verwerfung der Ausgestaltung dieses Instituts als selbstständiges gegen Dritte wirksames Retraktrecht oder als vertragsmässiges Veräusserungsverbot, konstruieren die Motive das Vorkaufsrecht als Grundstücksbelastung nach Art der Reallast. »Wird die Obligation nicht erfüllt, so führt die Analogie der Reallast zu einer Haftung des Grundstücks, und diese Haftung gestaltet sich bei der eigentümlichen Natur des Vorkaufsrechts dahin, dass nicht aus dem Grundstücke etwas zu geben, sondern das Grundstück selbst, als ob es verkauft wäre, zu geben ist.«[5])

Wir haben also einerseits ein obligatorisches Verhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten,

---

[1]) So Regelsberger I. § 13. 2.

[2]) Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 259.

[3]) So Fischer-Henle, Einl. S. XVIII. Kohler (Encykl. d. Rechtsw. v. Holzendorf) I. S. 603. Planck III. S. 89. Staudinger-Kober III. S. 1. Staub a. a. O. S. 13. Turnau-Förster I. S. 12.

[4]) Mot. III. S. 450.

[5]) Mot. III. S. 450.

anderseits eine dieses Verhältnis sichernde accesorische Haftung mit dem Grundstücke, welche Dritten gegenüber in der Weise wirkt, dass jeder rechtsverletzende Erwerb unwirksam ist. Zweifellos sind hier, ebenso wie bei der Reallast, obligatorische und dingliche Momente mit einander vereinigt, und insofern hat Immerwahr[1]) Recht, wenn er von einem gemischten Institute spricht, oder aber, wie Cosack sich vorsichtig ausdrückt, dass das dingliche Vorkaufsrecht, kein reines dingliches Recht sei. [2])

Denn, wie man auch den Gegensatz zwischen Obligation und dinglichem Recht betonen mag, der Möglichkeit einer organischen Verbindung beider Elemente steht nichts entgegen. Wer dies leugnet, verfällt in eine ebenso schädliche Einseitigkeit wie diejenigen, welche jeglichen Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Rechten verneinen. Auf einem solchen Standpunkte steht Wendt.[3]) Indem er den starken inneren Gegensatz zwischen Obligation und dinglichem Rechte betont und eine Möglichkeit ihrer Verbindung nicht anerkennen will, muss er die Reallasten für ein rein obligatorisches Institut erklären, bei dem nur der Schuldner durch das Grundstück bestimmt werde, und vermeint auch in dem dinglichen Vorkaufsrecht ein lediglich obligatorisches Verhältnis in Verbindung mit einem Veräusserungsverbot zu sehen. Wie sich aber die Reallast niemals auf rein obligatorischer Grundlage erklären lassen wird, so ist auch diese Konstruktion, sowohl für das überlieferte Retraktrecht, wie für das dingliche Vorkaufsrecht des B. G. B. unhaltbar.[4])

Vielmehr hat auch beim Vorkaufsrecht der Berechtigte zum Zwecke der Sicherung seines Rechts gegen den Verpflichteten eine durch diesen Zweck begrenzte

---

[1]) Immerwahr, a. a. O. S. 287.
[2]) Cosack, II. § 248, I. 2.
[3]) Wendt a. a. O. S. 78, 79.
[4]) Vergl. Stobbe-Lehmann II. 2 § 138 S. 62.

rechtliche Herrschaft an dem Grundstücke, welche niemand verletzen darf.[1]) Mit Recht sagt auch Planck[2]), als er auf die Schwierigkeiten der Verdinglichung des Vorkaufsrechts hinweist, dass diese Schwierigkeiten nicht unüberwindlich seien, wenn man beachte, dass auch dieses Recht sich dergestalt mit seinem Gegenstande verbinde, dass wenn der Fall eintrete, der Erwerb gegen Jedermann gesichert sei.

Jedenfalls stellt sich das dingliche Vorkaufsrecht nach aussen hin als ein einheitliches Ganzes dar, indem die verschiedenen Rechtselemente durch ihre Beziehung zu einem bestimmten Grundstücke zu einer Belastung dieses Grundstücks zusammengefasst sind; es steht auch nichts entgegen mit Fuchs das Vorkaufsrecht als »Sacherwerbsrecht« oder als »unkörperliche Belastung mit negativem Inhalt zu bezeichnen.[3])

Der negative Inhalt ergiebt sich daraus, dass die Wirkungen gegen Dritte auf die negative Basis der Vormerkung zurückgeführt sind. Es ist aber nicht richtig, dass diese Neuerung der 2-ten Kommission die in den Motiven enthaltene und auch hier vertretene Konstruktion vernichtet hat. Das ist allerdings die Ansicht Reichel's[4]) und besonders Immerwahr's,[5]) welcher ausführt, der Gesetzgeber habe durch Berufung auf die Vormerkung die in den Motiven gegebenen Konstruktion vernichtet und sei zu der dort verworfenen Auffassung des dinglichen Vorkaufrechts als eines bedingten Eigentumsanspruches gelangt. Daraus zieht Immerwahr[6]) die unten zu besprechenden weitgehenden Folgerungen, in Bezug auf weitere Belastungen des Grundstücks, Folgerungen, welche wie er selbst zugiebt, der Tendenz des Gesetzes widersprechen.

---

[1]) Vergl. Staub a. a. O. S. 53.
[2]) Planck, III. Vorbem. S. 9.
[3]) Fuchs, Grundbuchr. S. 30, S. 31.
[4]) Reichel S. 92.
[5]) Immerwahr S. 285, 287.
[6]) Immerwahr S. 329.

Uns scheint, dass Immerwahr der Berufung auf die Vormerkung eine zu grosse Bedeutung beigelegt hat. Freilich muss man Fuchs[1]) beipflichten, welcher die Angleichung des Vorkaufsrechts an die Vormerkung nicht für glücklich hält, indem er meint, dass für die, welche die Belastungsnatur der Vormerkung leugnen, die Grenze zwischen Belastung und Recht zur Sache verwischt sei, für diejenigen, aber, welche die Vormerkung als Belastung ansehen, der Unterschied zwischen bedingter und unbedingter Belastung verdunkelt werde. Aber es sollen in Wirklichkeit doch nur die Wirkungen gegenüber Dritten die gleichen sein. Nicht aber ist gesagt, dass das Wesen des vorgemerkten Anspruchs auf Eigentumsübertragung identisch ist mit dem Vorkaufsrechte.

Deshalb ist nicht anzunehmen, das Abs. 2 des § 1098 in Widerspruch steht mit der sich aus dem System des B. G. B. und dem Wortlaut des § 1094 ergebenden Auffassung des Vorkaufsrechts als einer Grundstückbelastung. Ebenso wie bei der Reallast hat der Berechtigte auch hier einen persönlichen Anspruch, welcher auf das Grundstück radiciert ist[2]) und deshalb dingliche Wirkungen gegen jeden hat. Nur auf diese dinglichen Wirkungen finden, soweit sie gegen Dritte gehen, die Vorschriften über die Vormerkung Anwendung. Jedoch sind damit die dinglichen Wirkungen des Vorkaufsrechts an Grundstücken nicht erschöpft. Allerdings ist die Hauptfolge seiner Dinglichkeit die Wirkung gegen Dritte, so dass für das Verhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten einfach die Vorschriften über das obligatorische Vorkaufsrecht Anwendung finden können, aber auch dieses obligatorische Verhältnis wird von der Belastungsnatur des ganzen Instituts stark beeinflusst. Man kann daher nicht, wie es Reichel[3]) tut, das dingliche Vorkaufsrecht mit dem vorgemerkten persönlichen Vorkaufsrechte identificieren.

---

[1]) Fuchs, Grundb. S. 344.

[2]) Vergl. Dernburg, II. 2 § 197, S. 116.

[3]) Reichel S. 92. dagegen Hilscher S. 10 r. § 6—9.

§ 4.

Bei dem dinglichen Vorkaufsrecht stehen sich drei beteiligte Personen gegenüber, der Vorkaufsberechtigte (Vorkäufer), der Vorkaufsverpflichtete (Vorverkäufer) und der Dritte (Käufer). Das Grundverhältnis bleibt auch beim dinglichen Vorkaufsrecht dasjenige zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten, erst unter gewissen weiteren Voraussetzungen treten die Wirkungen gegen Dritte in Kraft, welche den Hauptgegenstand unserer Untersuchung bilden sollen. Zuvor müssen wir jedoch die Beziehungen zwischen dem Vorkaufsberechtigten und Vorkaufsverpflichteten, als die primären Erscheinungsformen des dinglichen Vorkaufsrechts erörtern.

Durch Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts entsteht zunächst zwischen den Vertragsparteien ein Rechtsverhältnis, kraft dessen der Vorkaufsberechtigte ebenso wie beim obligatorischen Vorkaufsrecht gegen den Verpflichteten einen doppelt bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung hat. Die erste Bedingung ist das Vorliegen eines perfekten Kaufvertages über den Vertragsgegenstand zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Dritten. Die zweite, ihrer Natur nach eine reine Potestativbedingung, besteht in der Abgabe der Erklärung seitens des Berechtigten, den Vorkauf ausüben zu wollen. Diese Rechtsbeziehungen gleichen ganz und gar denjenigen beim obligatorischen Vorkaufsrecht, und so bestimmt auch § 1098 Abs. 1., dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten sich nach den Vorschriften der §§ 504 bis 514 B. G. B. über das obligatorische Vorkaufsrecht bestimmt.

Sowohl beim persönlichen wie beim dinglichen Vorkaufsrecht ist der Vorkaufsberechtigte in der Regel derjenige, zu dessen Gunsten das Vorkaufsrecht ursprünglich bestellt ist. Die persönliche Natur dieses Rechts, welches gerade nur den Interessen dieses bestimmten Berechtigten dienen will und folglich auch die Verpflichtung

des Vorkäufers nur gegenüber diesem Berechtigten anerkennt, liess bereits im früheren Recht eine Uebertragung und Vererbung des Vorkaufsrechts nicht zu. (Siehe z. B. Allg. Pr. Landr. I., 20 § 594). Daran hält das B. G. B. in § 514 grundsätzlich fest, lässt aber zu, dass es durch Parteiabrede für übertragbar und vererblich erklärt werden kann; im Falle einer Befristung ist es sogar im Zweifel als vererblich anzusehen.

Es ist nun sehr streitig, ob diese Vorschriften auch für das dingliche Vorkaufsrecht die Möglichkeit einer Vererbung und Uebertragung statuieren. Eine Anzahl von Schriftstellern, unter ihnen besonders Boehm[1]) und Immerwahr[2]) verneinen dies, indem sie ausführen, dass die dispositiven Regeln des Obligationenrechts auf das Sachenrecht angewendet zu zwingenden werden. Allerdings, sagt Immerwahr, bestimmt § 514 ausdrücklich, dass das Vorkaufsrecht nicht übertragbar und nicht vererblich sei, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, aber dieser Bedingungssatz drückt doch nur die für das obligotorische Recht selbstverständliche Elastizität der Rechtsnormen deutlicher aus und hat für das Sachenrecht keine Bedeutung, da hier der Parteiwillkür kein Raum gelassen ist.

Demgegenüber steht die Mehrzahl der Schriftsteller[3]) auf dem unserer Ansicht nach richtigem Standpunkte, dass durch ausdrückliche Allegierung des § 514 das Gesetz selbst den Parteien freien Spielraum lasse, und dass deshalb die Regel von dem zwingenden Charakter der sachenrechtlichen Normen hier durchbrochen werde.

Ausführlich beweist neuerdings Podkomorski[4]) die Uebertragbarkeit und Vererblichkeit des dinglichen Vorkaufsrechts auf Grund besonderer Parteiabrede. Er

---

[1]) Boehm, Bem. 5 zu § 1094.

[2]) Immerwahr a. a. O. S. 291, Ebenso Reuss S. 31, 32.

[3]) So Cosack S. 317 Oberneck § 100, 9, Turnau-Förster, Anm. II., 9 zu § 1098, Planck Anm. I, 1 zu § 1098, Maenner § 57 S. 341.

[4]) Vergl. Podkomorski, die Vererblichkeit und Uebertragbarkeit des vertragsmässig begründeten dingl. Vorkaufsrechts.

widerlegt die Ansicht, als ob überhaupt für das Zwingende und Nichtzwingende einer Rechtsnorm ihre Stellung im Sachenrecht oder im Recht der Schuldverhältnisse entscheidend sei. Vielmehr müsse dies aus dem Gesetzestexte selbst hervorgehen, oder aus der Natur und dem Zusammenhange der betreffenden Rechtsregel geschlossen werden. Da nun in § 514 ausdrücklich sowohl im 1. Teil durch den Bedingungssatz mit »soweit«, als auch im 2. Teil durch den Ausdruck »im Zweifel« dispositives Recht geschaffen werde, und die Allegierung dieses Paragraphen in das Sachenrecht durchaus nicht den Verlust seines dispotiven Charakters nach sich ziehe, so kann das Verkaufsrecht am Grundstücke sehr wohl als vererbliches und übertragbares bestellt werden, und es ist im Zweifel vererblich, wenn es befristet ist. Das letztere giebt auch Immerwahr zu, und begeht damit, wie Podkomorski richtig darthut,[1]) eine Inkonsequenz, indem er den dispositiven Charakter des ersten Satzes des § 514 in Anwendung auf das dingliche Vorkaufsrecht leugnet, dem zweiten Satze aber diesen Charakter zuerkennt, obgleich die Wendungen »soweit...« und »im Zweifel« in gleicher Weise dispositives Recht schaffen.

Wir stimmen diesen Ausführungen zu und nehmen ebenfalls an, dass das dingliche Vorkaufsrecht als übertragbares und vererbliches bestellt werden kann.

Ganz und gar von der Person des ursprünglichen Berechtigten lossgelösst ist das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht, welches an ein Grundstück gebunden ist und, wie bereits S. 15 dargelegt, dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zusteht. Das Vorkaufsrecht kann auch mehreren Berechtigten zustehen, es ist aber seiner Natur nach unteilbar und kann deshalb nur von allen gemeinschaftlich ausgeübt werden; hat aber einer der Berechtigten sein Recht verloren, so können es die übrigen im ganzen ausüben (§ 513).

---

[1]) Podkomorski a. a. O. S. 39.

Dem Vorkäufer steht ein bedingtes Recht zu, er kann es erst ausüben, wenn der Gegenstand seines Rechts verkauft wird. Dieser Kaufvertrag muss abgeschlossen vorliegen, ehe sich der Berechtigte zu erklären braucht; erst wenn die Kaufbedingungen unverrückt feststehen muss sich der Vorkäufer entscheiden. Ist der Kaufvertrag nichtig, so ist natürlich die geforderte Bedingung nicht eingetreten, und also kann auch das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden, ist der Vertrag mit dem Dritten anfechtbar und wird er angefochten, so wird auch die Ausübung des Vorkaufsrechts rückgängig gemacht. Dagegen dürfen die Parteien bei dem Kaufvertrage nicht durch Verabredung bestimmen, dass der Kauf von der Ausübung des Vorkaufsrechts abhängig sein soll, und ebensowenig kann sich der Vorkaufsverpflichtete für den Fall der Ausübung den Rücktritt vorbehalten; solche Vereinbarungen sind nach § 506 dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam, weil sie sein Recht völlig illusorisch machen würden.

Der Verpflichtete hat den Berechtigten von einem vorgefallenem Verkaufe unverzüglich in Kenntnis zu setzen und haftet bei Verletzung dieser Pflicht für Schadenersatz; sie wird ersetzt durch eine Mitteilung seitens des dritten Erwerbers (§ 510). Durch die Mitteilung wird eine Präklusivfrist in Lauf gesetzt, während welcher das Vorkaufsrecht, ausgeübt werden muss; die Frist beträgt bei Grundstücken, also namentlich auch beim dinglichen Vorkaufsrecht, zwei Monate. Die Vorkaufserklärung des Berechtigten ist gegenüber dem Verpflichteten abzugeben und bedarf keinerlei Form (§ 505). Sie ist deshalb auch nach richtiger Ansicht nicht als Annahme einer Kaufofferte anzusehen, so das der Berechtigte an Stelle des Dritten in den Kaufvertrag eintrete, sie wirkt vielmehr so, als ob ein Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten zu Stande käme.[1])

---

[1]) Vergl. Katz S. 28 bis 30.

In bestimmten Fällen jedoch werden diese Bedingungen modifiziert. Sind Nebenleistungen verabredet, die der Vorkaufsberechtigte nicht bewirken kann, so hat er deren Wert zu entrichten, lassen sie sich aber in Geld nicht schätzen, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen. Diese für den Vorkaufsberechtigten ziemlich gefährliche Vorschrift des § 507 wird abgeschwächt durch die Bestimmung, dass die Vereinbarung einer Nebenleistung nicht in Betracht kommt, sofern sie als so unwesentlich anzusehen ist, dass der Vertrag auch ohne sie geschlossen sein würde. Eine Stundung des Kaufpreises, die gewöhnlich auf ein dem Dritten gegenüber waltendes Vertrauen zurückgeführt werden muss, kann der Berechtigte nur dann für sich in Anspruch nehmen, wenn er Sicherheit leistet, doch ist dies nicht erforderlich, sofern dafür die Bestellung einer Hypothek am Grundstücke vereinbart oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek am Grundstücke besteht, übernommen wird (§ 509).

In manchen Fällen darf das Vorkaufsrecht überhaupt nicht ausgeübt werden, so beim Kindskauf (§ 511), der in Wirklichkeit als anticipierte Erbfolge anzusehen ist, und beim Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter (§ 512). Beim Kindskauf geht das auf einen Verkaufsfall beschränkte Vorkaufsrecht unter, ein Kauf liegt hier in der Tat nicht vor, und deshalb ist die Bedingung, unter welcher das Recht ausgeübt werden konnte, vereitelt.[1]) Für den Fall des Verkaufs durch den Konkursverwalter ist für das dingliche Vorkaufsrecht eine wichtige Ausnahme gemacht, indem seine Ausübung beim freihändigen Verkauf durch den Konkursverwalter zugelassen wird. Das ist, wie erwähnt, eine Folge seiner dinglichen Natur und wird noch in § 9 speciell erörtert werden.

---

[1]) So Planck § 1098 Anm. 2 h u. Immerwahr S. 298, anders Biermann Sachenr § 1097 Anm. Staudinger III S. 354, Willenbücher S. 134.

Das sind die Normen des obligatorischen Vorkaufsrechts, welche auch beim dinglichen Vorkaufsrecht das Verhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten bestimmen. Nun sagen zwar die Motive an einer Stelle: »Im Verhältnisse zwischen dem Vorkaufsberechtigten und Vorkaufsverpflichteten tritt der dingliche Charakter des Vorkaufsrechts nicht hervor.« Dieser Satz ist jedoch wie Fuchs[1]) zutreffend bemerkt, nicht ganz richtig, jenes Rechtsverhältnis ist zwar ein obligatorisches, aber es ist dinglich gesichert, es ist, um den Ausdruck der Motive selbst zu gebrauchen, eine verdinglichte Obligation. Der Verpflichtete haftet demnach sowohl der persönlichen wie der dinglichen Klage gegenüber.[2]) Allerdings hat praktisch in den meisten Fällen der dingliche Anspruch gegen den Verpflichteten keine Bedeutung, weil, soweit der Vorkaufsverpflichtete noch Eigentümer des Grundstücks ist, obligatorischer und dinglicher Anspruch sich decken, sowie aber der dritte Käufer bereits das Eigentum erworben hat, der dingliche Anspruch sich nur gegen diesen wendet. Dennoch kann er vorkommen, dass der dingliche Schutz auch gegenüber dem Verpflichteten praktisch wird.

Immerwahr[3]) führt folgenden Fall an: Hat der Verpflichtete einen Teil des belasteten Grundstücks ohne Rücksicht auf das Vorkaufsrecht verkauft, so haftet das Restgrundstück auch für eine etwaige Schadensersatzforderung, z. B. wegen Nichtbeitreibung der Kosten der Rechtsverfolgung. Das ist zweifellos eine Wirkung des dinglichen Rechts, durch welches das obligatorische Verhältnis, also auch eine daraus entspringende Schadensersatzforderung, nicht nur Dritten, sondern eventuell auch dem Verpflichteten selbst gegenüber gesichert und gefestet wird.

Eine weitere Aeusserung der dinglichen Natur des Vorkaufsrechts in dieser Richtung ist die Wirkung des auf mehrere Fälle bestellten Vorkaufsrechts.[4]) Dieses

[1]) Fuchs Grundb. S. 352.

[2]) Keetmann S. 27 u. Reuss S. 23.

[3]) Immerwahr S. 286.

[4]) Vergl. Landsberger 2 S. 733, 734.

Recht wirkt nämlich dem jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber in der Art, dass, falls bei einem Verkaufsfalle das Recht nicht ausgeübt wird, der neue Eigentümer ohne weiteres in das Rechtsverhältnis eintritt. Wir haben es hier, wie die Motive[1]) selbst sagen, mit der dinglichen Seite des Vorkaufsrechts zu tun; weil eben das Grundstück der rechtlichen Herrschaft des Vorkaufsberechtigten unterworfen ist, muss der Erwerber mit dem Eigentum auch die auf dem Grundstück liegende Belastung übernehmen; es ist dies ohne Zweifel als eine dingliche Wirkung des Vorkaufsrechts aufzufassen. Dadurch könnte nun die Möglichkeit einer Trennung der dinglichen und obligatorischen Haftung gegeben werden, wenn man annehmen wollte, dass der ausscheidende Vorkaufsverpflichtete weiter persönlich verpflichtet bleibt, und der neue Eigentümer lediglich die dingliche Haftung übernimmt. Das ist zwar praktisch selten von Bedeutung, könnte aber doch in einzelnen Fällen Schwierigkeiten machen und jedenfalls der Einheitlichkeit dieses Instituts Abbruch tun. Daher wird man mit Immerwahr[2]) annehmen müssen, dass auch die persönliche Verpflichtung stillschweigend auf den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks übergeht und sein Vorgänger vollständig aus dem Rechtsverhältnisse ausscheidet.

§ 5.

Wie mehrfach hervorgehoben, finden gemäss § 1098 Abs. 2. auf die Wirkungen des Vorkaufsrechts gegen Dritte die entsprechenden Vorschriften über die Vormerkung Anwendung. Ehe wir nun die auf Grund dieser Bestimmung in Erscheinung tretenden Eigenschaften des dinglichen Vorkaufsrechts erörtern, sind wir genötigt auf das Wesen dieses höchst bestrittenen Instituts etwas näher einzugehen.

---

[1]) Mot. III S. 452.

[2]) Immerwahr S. 306.

Ihrem Zwecke nach dient die Vormerkung des B. G. B. zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf eine dingliche ins Grundbuch einzutragende Rechtsänderung am Grundstücke. Die Vormerkung stammt aus dem preussischen Rechte und ist — von der ersten Kommission grundsätzlich abgelehnt — in der 2-ten Lesung unter Beschränkung auf den eben erwähnten Zweck aufgenommen worden; die andere Aufgabe der früheren Vormerkung, ein bestehendes dingliches Recht gegen die durch die Grundbucheinrichtung bedingten Gefahren zu schützen, ist dem Widerspruch zugewiesen worden. Weil die Vormerkung einerseits einen persönlichen Anspruch zur Unterlage hat, anderseits durch ihre Eintragung gewisse nur dinglichen Rechten zukommende Wirkungen hervorruft, bietet sie einer einheitlichen juristischen Konstruktion erhebliche Schwierigkeiten.

Als die herrschende Meinung kann wohl diejenige bezeichnet werden, welche annimmt, dass das obligatorische Recht durch die Eintragung der Vormerkung in dinglicher Weise gesichert werde, aber dennoch seine obligatorische Natur behalte. Allerdings bestehen auch unter den Vertretern dieser Ansicht ziemlich bedeutende Unterschiede in Bezug auf die Erklärung dieser Wirkungen aus der Natur der Vormerkung. Einer solchen Erklärung enthalten sich überhaupt Endemann, Maenner und Strecker[1]), sie begnügen sich damit, die einzelnen Vorschriften des B. G. B. zu erörtern, und sehen von einer juristischen Konstruktion ab. Andere versuchen durch Analogie mit dem Veräusserungsverbote die Wirkungen der Vormerkung zu erklären. So nennt Planck[2]) die Vormerkung ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur und betont seine nahe Verwandschaft mit einem Veräusserungsverbote. Turnau-Förster[3]) sprechen von einem qualifizierten Ver-

[1]) Endemann II S. 250—252. Maenner S. 80. Strecker S. 112.
[2]) Planck III S. 115. Anm. 2 zu 883.
[3]) Turnau-Förster Bem. II. d zu 883.

äusserungsverbote, ebenso sieht Staudinger[1]) in der Vormerkung eine Art Belastungs- oder Veräusserungsverbot.

Nun besteht zweifellos eine Aehnlichkeit zwischen der Vormerkung und einem Veräusserungsverbote, aber mit einer Vergleichung beider Institute kann sich die juristische Erklärung der Vormerkung nicht begnügen. Deshalb versucht auch Reichel, welcher in der Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung erblickt, die specielle Natur des vorgemerkten Anspruchs näher zu präcisieren und kommt zu der Definition: »die Vormerkung ist eine anwartschaftsbegründende vorläufige Eintragung einer künftigen eintragungsbedürftigen dinglichen Rechtsänderung, auf deren Herbeiführung ein Anspruch besteht oder in Aussicht steht.«[2])

Endlich löst sich Biermann[3]) von der Anlehnung an ein Veräusserungsverbot vollständig los und erklärt die Vormerkung für einen besonderen Grundbuchvermerk, welcher die Realisierung eines obligatorischen Anspruchs dinglich sichern soll.

Im Gegensatz zu dieser Gruppe suchen Gierke und Oberneck in älteren Rechtsgebilden Aufschluss über das Wesen der Vormerkung. Gierke[4]) sieht in ihr das ius ad rem wiederbelebt und Oberneck[5]) betrachtet die Vormerkung als obligatio in rem scripta. Nun kann man eine Annäherung an das ius ad rem nicht verkennen. Aber abgesehen davon, dass bei Schaffung des B. G. B. ein ius ad rem abgelehnt wurde, und schon deshalb wenig wahrscheinlich ist, dass dieses Prinzip durch Einführung der Vormerkung durchbrochen würde, müssen wir beide Konstruktionen ablehnen, weil sie dem eigenartigen Wesen der Vormerkung nicht gerecht werden, namentlich scheitern sie an der Verschiedenheit der An-

[1]) Staudinger-Kober Bem. IV. zu § 883.
[2]) Reichel a. a. O. S. 160.
[3]) Biermann W. u. V. S. 184, ebenso Philipsen S. 50.
[4]) Gierke Bed. d. Fahrnisb. S. 21.
[5]) Oberneck § 48 Ziff. 4 S. 254.

sprüche gegen den Verpflichteten und den Dritten, lassen aber auch die Wirkungen im Konkurse (§ 24 K. O.) und in der Zwangsvollstreckung unerklärt.[1])

Cosack[2]) erklärt die Wirkungen der Vormerkung durch Annahme eines besonderen dinglichen Vormerkungsrechts, da er sich aber anderseits dagegen verwahrt, dass dies Recht ein Recht am Grundstücke oder an einem Rechte sei, so ist nicht klar zu ersehen, was er damit meint; jedenfalls spricht die Terminologie des Gesetzes gegen ihn, und besonders sind damit die Vorschriften des B. G. B. über Unverjährbarkeit der eingetragenen dinglichen Rechte und über den öffentlichen Glauben des Grundbuches unvereinbar.[3])

Durch Eintragung der Vormerkung entsteht überhaupt kein neues Recht, auch nicht eine vom ursprünglichen Anspruch zu unterscheidende »Erwerbsberechtigung« wie Enneccerus[4]) es will, auch widerstreitet diesem Begriffe die Vormerkung eines Anspruchs auf Löschung eines Rechts.

Endlich ist noch die scharfsinnige Konstruktion von Fuchs[5]) zu erwähnen, welcher auch Jäger[6]), der zuerst ein besonderes dingliches Sicherungsrecht angenommen hat, beigetreten ist. Danach entsteht durch die Eintragung der Vormerkung das beanspruchte dingliche Recht selbst, aber als bedingtes. Jedoch auch diese Konstruktion ist, wie Biermann[7]) unserer Ansicht nach genügend nachgewiesen hat, unhaltbar. Die Auffassung als bedingtes Recht passt nicht für die Auflassungsvormerkung, weil hier ein bedingtes Eigentum entstehen würde, welches das B. G. B. nicht kennt, ebenso lässt sich bei der Löschungsvormerkung ein bedingtes ding-

[1]) Vergl. Biermann W. u. V. 177, 178.
[2]) Cosack II. § 177, 2 S. 25.
[3]) Vergl. Biermann, W. u. V. S. 179, 180.
[4]) Enneccerus-Lehmann § 174.
[5]) Fuchs, Grundbuchr. Bem. 4 zu § 884.
[6]) Jaeger Komment. z. Konkursord. Anm. 2 zu § 24.
[7]) Biermann W. u. V. S. 168—170, S. 175.

liches Recht schwerlich denken, auch unterscheidet sich die gesetzliche Regelung der bedingten Rechte sehr von den Vorschriften über die Vormerkung, namentlich ist die Umwandlung des bedingten Rechts in ein unbedingtes eine andere, als die der Vormerkung in das endgültige Recht.

Am weitesten geht Othmer (s. Litt.), welcher meint, dass durch die Vormerkung das dingliche Recht selbst unbedingt entstehe. Diese Ansicht steht aber ganz vereinzelt, da, und ist als verfehlt anzusehen, weil sie den positiven Bestimmungen des Gesetzes widerspricht und zu unannehmbaren Konsequenzen führt.

Das Ergebnis zusammenfassend, sind wir der Ansicht, dass die am Eingang besprochene herrschende Meinung, welche an der obligatorischen Natur des vorgemerkten Anspruches festhält und durch die Vormerkung nur einen absoluten Schutz gewährt wissen will, der Tendenz des Gesetzes und dem Wesen der Vormerkung am besten entspricht. Besonders sind es die Definitionen von Reichel (»anwartschaftsbegründende vorläufige Eintragung«) und Biermann (»dinglich sichernder Grundbuchvermerk«), welche die Vormerkung am treffendsten charakterisieren. Im Resultate kommen sie sich ziemlich nahe, die Definition Reichels verdient vielleicht darum den Vorzug, weil sie mehr die materiellrechtliche Seite hervorhebt.

Zu unserer Aufgabe zurückkehrend, haben wir nach dieser Darstellung auf das Vorkaufsrecht, d. i. eine selbstständige Grundstücksbelastung, die Vorschriften über die Vormerkung, d. i. ein eigenartiges grundbuchmässiges Sicherungsmittel mit dinglicher Wirkung, insoweit anzuwenden, als es sich um die Wirkung gegen Dritte handelt. Dabei ist der Unterschied zwischen beiden Instituten nicht aus den Augen zu verlieren.

§ 6.

Auf der durch die vorangehenden Ausführungen gegebenen Grundlage betrachten wir nun eingehender die Beziehungen des Vorkaufsberechtigten zum »Dritten«, die im eigentlichsten Sinne dinglichen Wirkungen des Vorkaufsrechts an Grundstücken.

Unter dem »Dritten« ist offenbar jeder zu verstehen, der zu dem zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten begründeten Rechtsverhältnisse derart in rechtliche Beziehung tritt, dass seine Rechte denen des Vorkaufsberechtigten widersprechen können. Es fallen darunter sowohl die Beziehungen zum Käufer des belasteten Grundstücks, durch dessen Erwerb der Anspruch des Berechtigten immer und am meisten gefährdet wird, als auch die Relation zu dem Erwerber eines begrenzten Rechts am Grundstücke, weil auch ein solches das ursprüngliche Verhältnis zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten beeinflussen kann.

Solche Beziehungen entstehen nicht schon mit Bestellung des Vorkaufsrechts, weil der Anspruch des Berechtigten zweifach bedingt ist, sondern erst mit Ausübung des Vorkaufsrechts, in der oben S. 27 erwähnten 2 monatlichen Frist. Diese wird beim dinglichen Vorkaufsrecht nicht nur durch Mitteilung des Verpflichteten in Lauf gesetzt, sondern auch der Dritte, welcher Eigentümer des Grundstücks geworden ist, hat nach § 1099 B. G. B. das selbstständige Recht durch eine Mitteilung seinerseits den Lauf der Frist zu bewirken. Erst wenn der Berechtigte innerhalb dieser Zeit sein Vorkaufsrecht ausübt, entsteht ein unbedingter Anspruch auf Eigentumsübertragung, und damit die Frage, was mit den Rechten »Dritter« geschieht.

Der § 1098 Abs. 2 verweist uns auf § 883 über die Vormerkung, welcher sagt: »Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde«.

Nicht begründet ist die Behauptung Hilschers[1], dass § 1098 Abs. 2 nur auf § 888, nicht aber auf § 883 verweise, weil es sich nur um die Wirkung gegen Dritte handle, § 883 Abs. 2 aber das Verhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten betreffe. Erstens ist § 888 nur verständlich in Anlehnung an § 883, dessen Realisation er regelt, und zweitens ist in § 883 Abs. 2 zweifellos auch die Stellung des Dritten mit inbegriffen.[2] Die Vorschrift des § 883 findet also »Dritten« d. h. in erster Linie dem Käufer gegenüber Anwendung.

Durch den Kaufvertrag, der ja perfekt sein muss, damit das Vorkaufsrecht überhaupt ausgeübt werden kann, erlangt der dritte Käufer einen Anspruch auf Eigentumsübertragung. Es ist nun in Bezug auf seine Stellung zum Vorkaufsberechtigten zu unterscheiden, ob dieser Anspruch zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechts bereits verwirklicht ist oder nicht, mit anderen Worten, ob der Dritte als Eigentümer im Grundbuche eingetragen ist oder nicht.

Hat der Käufer das Eigentum noch nicht erlangt, so entstehen überhaupt keine Beziehungen zwischen ihm und dem Berechtigten. Auf Grund des Vorkaufsrechts ist der ursprüngliche Schuldner verpflichtet das Grundstück dem Berechtigten aufzulassen und zu übergeben. Der Dritte kommt hierbei ausser Betracht, er hat nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Verkäufer und kann sich nur an diesen halten nach den Vorschriften über den Kauf. Hat der Käufer zwar nicht das Eigentum, aber doch den Besitz des Grundstücks bereits erlangt, so kann der Berechtigte, nachdem er Eigentümer geworden ist, mit der Vindikationsklage Herausgabe des Grundstücks verlangen. Er steht als Eigentümer dem Besitzer gegenüber, für die Erstattung der Verwendungen finden

---

[1]) Hilscher S. 25.

[2]) Vergl. Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 1098. Achilles-Strecker § 1098, Anm. 3. Oberneck S. 596.

daher die §§ 994—1004 B. G. B. Anwendung.[1]) Nicht richtig ist, wenn Immerwahr[2]) behauptet, dass der besitzende Dritte nur gegen Erstattung des bereits gezahlten Kaufpreises das Grundstück herauszugeben brauche, denn § 1100 B. G. B. giebt ein solches Recht nur dem »neuen Eigentümer«, nicht aber dem Dritten, welcher lediglich Besitz erlangt hat.[3])

Der dingliche Schutz des Vorkaufsrechts wird erst aktiv, wenn der Dritte bereits Eigentümer geworden ist. Der Eigentumsübergang würde an sich den Anspruch den Berechtigten völlig vereiteln, und daher ist nach § 883 die Verfügung, kraft deren das Eigentum auf den Dritten übergegangen ist, unwirksam. Wie aber der Berechtigte seinen Anspruch verwirklichen soll, bestimmt § 888 Abs. 1. Dieser lautet: »Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts oder eines Rechts an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.«

Zweierlei ergiebt sich unserer Ansicht nach unzweideutig schon aus dem Wortlaut dieses Paragraphen. Erstens, dass die Nichtigkeit des entgegengesetzten Anspruchs eine relative ist, zweitens, dass der Dritte nur zur Zustimmung, nicht aber darüber hinaus verpflichtet ist. Beides ist jedoch nicht allgemein zugegeben. Auf Grund seiner Konstruktion der Vormerkung als eines bedingten dinglichen Rechts kommt Fuchs[4]) zu der Auffassung, dass jede kollidierende Verfügung objektiv nichtig ist und von jedermann geltend gemacht werden kann. Er steht aber mit dieser Ansicht ziemlich vereinzelt da, namentlich wenden sich gegen ihn

---

[1]) So Keetmann S. 84.
[2]) Immerwahr S. 337.
[3]) Ebenso Keetmann S. 84. Planck III Anm. 1 zu § 1100.
[4]) Fuchs, Grundbr. Bem. 7 zu § 883.

Biermann und Reichel[1]). In der Tat widerspricht die Ansicht Fuchs's, abgesehen von dem Wortlaut des Gesetzes dem ganzen Zwecke der Vormerkung, welche nur den Berechtigten sichern soll und nur in seinem Interesse eingetragen ist.

Entgegen unserer zweiten Behauptung, dass die Pflicht des Dritten sich auf die blosse Zustimmung beschränke, sprach Biermann[2]) davon, dass der Berechtigte von dem Dritten unmittelbar die Auflassung verlangen könne, und dasselbe scheint Endemann[3]) anzunehmen, wenn er von einem »Verschaffungsanspruche« spricht. Die meisten Schriftsteller[4]) lehnen einen solchen selbständigen Anspruch des Berechtigten gegen den Dritten ab, und dieser Ansicht ist auch später Biermann in seiner Monographie »Widerspruch und Vormerkung« beigetreten. Mit Recht sagt namentlich Staudinger[5]), indem er sich auf Bd. 3 S. 246 der Protokolle beruft, wo unter Ablehnung eines selbständigen Anspruchs gegen den Dritten an der obligatorischen Natur der Vormerkung festgehalten wird:

»Diese Meinung ist auch in dem Wortlaut des Gesetzes genügend zum Ausdruck gekommen. An sich würde dem Schuldner selbst die Beschaffung jener Zustimmung des eingetragenen Berechtigten obliegen. Der Gläubiger aber soll durch § 888 in die Lage versetzt werden, jene Zustimmung unmittelbar von dem neu eingetragenen Berechtigten zu verlangen. Mehr aber liegt in § 888 nicht. Die Auffassung, dass dem Gläubiger neben dem ursprünglichen Anspruch von Gesetzeswegen

---

[1]) Biermann W. u. V. S. 157. Reichel S. 111. Ebenso Philipsen S. 56. Predari S. 202.

[2]) Biermann, Sachenr. Bem. 2 zu 888.

[3]) Endmann II S. 254. Auch beim Vorkaufsr. II S. 435. Ebenso Reuss S. 52.

[4]) Cosack § 248 S. 318. Oberneck S. 596. Staudinger-Kober, Bem. 2 a zu 1098. Turnau-Förster Bem. II zu 888. Fuchs Bem. 4 a zu 1098.

[5]) Staudinger-Kober Anm. III, 2 zu 888.

ein weiterer direkter Anspruch gegen den jeweiligen Eigentümer zustehen solle, wurde ausdrücklich abgelehnt.«

Das ist auch unsere Ansicht, welche in Einklang steht mit der oben S. 34 entwickelten Ansicht von der Vormerkung. Der Gläubiger muss sich wie bei der Vormerkung so auch beim Vorkaufsrechte an seinen ursprünglichen Schuldner halten, die Mitwirkung des Dritten ist nur insoweit erforderlich, als der dingliche, in seiner negativen Wirkung der Vormerkung entnommene Schutz des Vorkaufsrechts es unumgänglich notwendig macht; der Anspruch des Berechtigten gegen den Dritten geht nur auf Beseitigung aller Hindernisse, nicht auf eine positive Leistung, namentlich auch nicht auf Schadenersatz.[1])

Der Berechtigte kann also auch beim Vorkaufsrechte nur von dem Verpflichteten Auflassung des Grundstücks fordern. Dieser kann auch die Auflassung selbstständig und allein vornehmen — der Eigentumserwerb des Dritten steht dem nicht entgegen, weil die Verfügung, auf Grund deren sich der Eigentumsübergang vollzogen hat, nichtig war, die Ausübung des Vorkaufsrechts also auf die Rechte des Dritten resolvierend wirkte.[2]) Aber auch nach dem formellen Grundbuchrecht kann der Verpflichtete, trotzdem er nicht mehr eingetragen ist, das Grundstück auflassen, denn die Befugnis zur Schliessung des dinglichen Vertrages ist nicht von der Eintragung ins Grundbuch abhängig. Nur für die Eintragung bestimmt § 40 G. B. O., dass derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen sein muss. »Dieses Erforderniss ist für die Einigung nicht festgehalten. Für die Wirksamkeit der Einigung ist es bedeutungslos, ob der Berechtigte als solcher im Grundbuch eingetragen ist oder nicht. Es genügt, dass er der Berechtigte ist oder wird.« ...[3])

---

[1]) Vergl. Landsberg S. 732 Anm. 1.

[2]) Vergl. R. G. E. VII S. 179. Philipsen S. 49.

[3]) Turnau-Förster I. S. 91. Ebenso Boehm S. 1516.

Wenn also der Vorkaufsberechtigte durch die blosse Auflassung befriedigt würde, so wäre eine Mitwirkung des Dritten völlig entbehrlich.[1])

Nun kommt er aber zu seinem vollen Recht erst dann, wenn er auch eingetragen ist, denn er will Eigentum erwerben, und § 873 B. G. B. bestimmt, dass Eigentum am Grundstücke nur durch Einigung und Eintragung übertragen werden kann. Hier ergiebt sich nun allerdings die Notwendigkeit der Zustimmung des Dritten, weil für die Eintragung § 19 und § 40 G. B. O. ausdrücklich den Grundsatz aufstellen, dass ohne Einwilligung des im Grundbuch Eingetragenen keine ihn beeinträchtigende Eintragung erfolgen soll. Daher musste § 888 B. G. B., um dem Berechtigten zur Verwirklichung seines Anspruchs zu verhelfen und das materielle Recht in Einklang mit dem formellen Grundbuchrecht zu bringen, dem eingetragenen Dritten die Zustimmungspflicht auferlegen. Richtig sagt also Predari[2]):

»Die Mitwirkung des Buch-Berechtigten beruht auf dem das Grundbuchrecht beherrschenden formellen Konsensprincip (§ 19 und 40 G. B. O.), welches regelmässig nicht gestattet, dass ein eingetragenes Recht gegen den Willen des Eingetragenen angefochten werde. Darum ist aber die Zustimmung im Sinne des § 888 B. G. B. kein materiell-rechtliches Erfordernis der Rechtsänderung, wie in den Fällen des §§ 876, 880 B. G. B.«

Ebenso meint Neumann[3]): »§ 888 trägt dem formellen Konsensprincip Rechnung.«

Auf demselben Standpunkte steht Fuchs[4]), nur mit dem Unterschiede, dass er, seiner Auffassung von dem Wesen der Vormerkung folgend, die absolute Nichtigkeit des Eigentumserwerbs des Dritten behauptet,

---

[1]) Vergl. Philipsen S. 48.
[2]) Predari S. 203.
[3]) Neumann N. 1 zu § 888.
[4]) Fuchs Anm. 1 b zu § 1094.

so dass das Eigentum des Dritten ipro iure an den Vorkaufspflichtigen falle.

»Der Vorkaufsberechtigte zieht das Grundstück an den Veräusserer und dadurch an sich.[1]«

Wir müssen entsprechend unserer Ansicht von der Wirkung der Vormerkung an der Relativität der Unwirksamkeit festhalten, und deshalb sagen wir genauer: Der Verkäufer gilt gegenüber dem Berechtigten als zur Eigentumsübertragung befugt.[2]

Dasselbe sagt Strecker[3] bezüglich der Wirkungen der Vormerkung, die ja hier massgebend sind:

»Die nach der Eintragung der Vormerkung getroffenen Verfügungen sind resolutiv bedingt, sie verlieren ihre Wirkung gegenüber dem vorgemerkten Anspruch, wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen ist, (also der Käufer) seinen Anspruch auf Auflassung einklagt...[4]

Jedenfalls ist als ungenau zu bezeichnen, wenn Cosack und Turnau-Förster[5] die Zustimmung des Dritten Käufers zur Auflassung verlangen. Das widerstreitet auch dem § 1100, wo ausdrücklich nur von der Zustimmnng zur Eintragung die Rede ist. Richtiger sagt daher Reichel[6]: »Nicht der Erwerber C, sondern der Vormerkungsschuldner B lässt auf. Die Anwesenheit des C bei der Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamt (§ 925) ist daher nicht erforderlich. C. giebt lediglich seine Zustimmung zu der Bewilligung des B in der in § 29 G. B. O. vorgeschriebenen Form.« Dass muss analogerweise beim Vorkaufsrecht gelten.

Wenn es sich nun darum handelt im Prozesswege den Anspruch zu verwirklichen, so muss der Berechtigte gegen den ursprünglich Verpflichteten auf

---

[1]) Fuchs S. 347.

[2]) Vergl. Predari S. 203. Katz S. 79.

[3]) Strecker S. 115.

[4]) Aehnlich Immerwahr S. 336, 337, Hilscher S. 48.

[5]) Cosack II S. 318. Turnau-Förster S. 176.

[6]) Reichel S. 119.

Auflassung und gegen den dritten Eigentümer auf Zustimmung zur Eintragung klagen. Dieser kann im Prozesse nach richtiger Ansicht alle Einwendungen der Klage entgegensetzen, die dem Vorkaufsverpflichteten zustehen. Eine dahin gehende ansdrückliche Vorschrift ist zwar nicht ins B. G. B. aufgenommen, aber wie aus den Protokollen [1]) hervorgeht, nur aus dem Grunde, dass es selbstverständlich sei, weil der Anspruch auf Zustimmung von dem Bestande des Anspruches des Berechtigten gegen den Verpflichteten auf Eigentumsübertragung abhängig sei. Wenn man, was unserer Ansicht nach das Richtige ist, bei der Vormerkung dem Dritten die Einreden gewährt,[2]) so ist dies auch natürlich auf das Vorkaufsrecht anzuwenden. Aber auch Turnau-Förster,[3]) welche das Einrederecht des Dritten bei der Vormerkung leugnen, sagen beim Vorkaufsrecht: »Dem Dritten stehen alle Einreden zu, welche der Vorkaufsverpflichtete geltend machen könnte.«

Daraus folgt nach unserer Ansicht, dass der Berechtigte nach seiner Wahl den Verpflichteten oder den Dritten zuerst verklagen kann. Denn wenn man dem »Dritten« das Recht selbstständig Einreden zu erheben einräumt, so giebt es keinen Grund, den Berechtigten zu einer Vorausklage gegen den Verpflichteten zu nötigen. Was zweckmässiger ist, wird im einzelnen Falle zu entscheiden sein, jedenfalls ist rechtlich nichts dagegen einzuwenden, dass der Berechtigte nach seiner Wahl die Klage zuerst gegen den Verpflichteten oder gegen den den Dritten erhebt. Wir stimmen in diesem Punkte überein mit der in R. G. E. 53 für die Vormerkung ausgesprochenen Ansicht, und denselben Standpunkt vertreten Biermann, Planck und Oberneck.[4])

---

[1]) Pr. III. S. 763 V.

[2]) Vergl. R. G. E. 53, S. 28.

[3]) Turnau-Förster Bem. III. zu 1098.

[4]) Biermann W. u. V. S. 212. Planck Bem. I. 2 zu 888. Oberneck S. 368. A. M. Turnau-Förster S. 177. Predari S. 204. Fuchs, Grundbr S. 119.

Für die Frage nach der Zuständigkeit des Gerichts für Klagen aus dem dinglichen Vorkaufsrechte ist unzweifelhaft § 24 C. P. O. massgebend. Biermann[1]) bestreitet dies zwar für die Klage aus der Vormerkung, aber es besteht eben ein grosser Unterschied zwischen ihr und dem Vorkaufsrechte, das eine selbstständige Belastung ist. Nach § 24 C. P. O. ist das Gericht, in dessen Bezirke die Sache gelegen ist, ausschliesslich zuständig, wenn es sich um die Geltendmachung einer dinglichen Belastung oder um die Freiheit von einer solchen handelt, es fällt hierunter sowohl die persönliche Klage gegen den ursprünglichen Verpflichteten, wie die dingliche gegen den Dritten.[2]) Bei subjektiv dinglichem Vorkaufsrechte ist, wie Abs. 2 des § 24 C. P. O. ausdrücklich hervorhebt die Lage des belasteten Grundstücks entscheidend. Es steht deshalb auch nichts im Wege die Klagen gegen den Verpflichteten und den Dritten zu verbinden und beide als Streitgenossen zu behandeln, da das Erfordernis des § 59 C. P. O. vorliegt, dass die Streitgenossen aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde verpflichtet sein müssen.[3])

Die endgültige Eintragung erlangt der Berechtigte, wenn er die vollstreckbaren Urteile vorlegt, weil durch dieselben einerseits die Auflassungserklärung des Verpflichteten, anderseits die Zustimmungserklärung des Dritten gemäss § 894 C. P. O. ersetzt werden. Veräussert der Dritte das Grundstück, nachdem der dingliche Anspruch gegen ihn rechtshängig geworden ist, so kommen die §§ 266, 325 und 727 C. P. O. zur Anwendung. Nach § 266 ist der Rechtsnachfolger des Dritten berechtigt und auf Antrag verpflichtet den Rechtsstreit als Hauptpartei zu übernehmen, gemäss § 325 wirkt das rechtskräftige Urteil auch gegen den Nachfolger, § 727 ermöglicht die Zwangsvollstreckung gegen diesen.[4])

---

[1]) Biermann a. a. O. S. 214, 215.

[2]) Vergl. Gaupp-Stein Bem. II. zu § 24.

[3]) So Immerwahr S. 309. Fuchs Bem. 4 a zu § 1098.

[4]) Vergl. Planck Bem. I. 2 zu 888. Biermann W. u. V. S. 217.

§ 7.

Wir gehen nun zu einer näheren Darstellung der rechtlichen Erfüllung der sich aus dem erörterten Rechtsverhältnisse ergebenden gegenseitigen Verpflichtungen über. So erfordert eine derart ziemlich komplizierte Rechtslage zwischen dem Berechtigten, dem Verpflichteten und dem dritten Eigentümer eine besondere Normierung der Zahlung des Kaufpreises, damit niemand zu Schaden komme. Diese Frage wird in den §§ 1100/1102 B. G. B. geregelt. Hat der dritte Erwerber für das gekaufte Grundstück ganz oder zum Teil den Kaufpreis bezahlt, und verliert er nun infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts sein Eigentum, so kann er sich jetzt nur an den Vorkaufsberechtigten, halten, nicht dagegen das Gezahlte vom Verpflichteten zurückverlangen; von der noch ausstehenden Leistung wird er frei. Nach § 1100 B. G. B. hat der neue Eigentümer gegen den Berechtigten einen Anspruch auf Rückerstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises. Der Vorkaufsberechtigte, welcher das Eigentum des »Dritten« zerstört hat und der von diesem Eigentumsverluste direkten Gewinn erlangt, soll auch das Aequivalent dafür unmittelbar an den Verlierenden leisten. Dadurch wird auch eine Sicherstellung des »Dritten« ermöglicht, denn er kann, solange der Berechtigte noch nicht eingetragen ist, seine Zustimmung zu der Eintragung und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der Kaufpreis erstattet wird. Er kann also der Klage des Berechtigten eine Einrede entgegensetzen mit der Wirkung, dass er zur Leistung »Zug um Zug« verurteilt wird.

Ist der Berechtigte bereits als Eigentümer eingetragen, so hat der »Dritte« einen direkten Anspruch auf Erstattung des von ihm berichtigten Kaufpreises, aber nur, wenn er das Grundstück, soweit er es in seinem Besitz hat, herausgiebt. Diese Forderung steht ihm natürlich auch dann zu, wenn er das Grundstück bereits ausgeliefert hat, und ihre Geltendmachung ist in diesem

Falle nicht an die Herausgabe des Grundstücks gebunden.[1])

Anderseits kann selbstverständlich dem Berechtigten nicht eine doppelte Zahlungspflicht sowohl dem »Dritten« wie dem Vorkaufsverpflichteten gegenüber auferlegt werden. Daher bestimmt § 1101 B. G. B., dass der Vorkaufsberechtigte dem Verpflichteten gegenüber von seiner Verpflichtung zur Zahlung des geschuldeten Kaufpreises frei wird, soweit er dem Käufer den Kaufpreis zu erstatten hat.

Das Gegenstück der Zahlung des Kaufpreises ist die Leistung des Grundstücks, es bleibt also noch die Frage übrig, wie sich die Herausgabe des Grundstücks von dem Dritten an den Berechtigten gestaltet, namentlich was die Auseinandersetzung anbetrifft bezüglich der Erstattung von Verwendungen, sowie Haftung für Verschlechterung und gezogene Nutzungen.

Es stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber, die eine, welche sich an die Protokolle der zweiten Kommission anschliesst, und die Anwendung der Eigentumsnormen leugnet, und die entgegengesetzte, deren Vertreter teils unmittelbar, teils auf dem Umwege des § 292 die Eigentumsnormen anwenden wollen. Die Protokolle[2]) halten nämlich im Gegensatz zu den Motiven die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Herausgabe eines Gegenstandes seitens des Besitzers an den Eigentümer für unangemessen. Deshalb behaupten Turnau-Förster,[3]) der Dritte könne wegen Verwendungen nur beim Vorliegen eines besonderen Rechtsgrundes z. B. der ungerechtfertigten Bereicherung vom Berechtigten Ersatz verlangen. Derselben Ansicht ist auch Biermann:[4]) »Hat der neue Eigentümer Verwendungen auf die Sache gamacht, Nutzungen aus ihr

---

[1]) Vergl. Biermann, Sachenr. Anm. 2 c zu § 1100—1102. Planck, Anm. 1 b zu § 1100. Fischer-Henle, Bem. zu § 1100.

[2]) Prot. III. S. 760.

[3]) Turnau-Förster S. 480.

[4]) Biermann, Sachenr. Anm. 2 a zu 1100, 1102.

gezogen oder sie beschädigt, so werden die für den Eigentumsanspruch geltenden Regeln nicht entsprechend angewendet, anders E. I. § 957 Abs. 3; massgebend müssen vielmehr die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung sein.«

Dagegen erklären Fuchs und Keetmann[1]) die Eigentumsnormen für unmittelbar anwedbar, weil die Herausgabepflicht nur eine sekundäre sei, und sich in der Tat Eigentümer und Besitzer gegenüber stehen.

Unser Ansicht nach liegt jedoch kein reines Rechtsverhältnis von Bezitzer zu Eigentümer, wie es § 985 B. G. B, voraussetzt, vor, und deshalb schliessen wir uns der Meinung Staudingers[2]) an, welcher sagt: »Es wird hierher § 292 B. G. B. zur Anwendung kommen können, der seinerseits wieder auf die Eigentumsnormen verweist.« Mangels anderer Vorschriften muss in der Tat der Dritte als gewöhnlicher Schuldner behandelt werden und daher bezüglich der Herausgabe dem § 292 unterliegen.

Hiernach hat der Dritte die seit Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herauszugeben, sowie für die schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen Ersatz zu leisten. Für Verwendungen, die er seit der Rechtshängigkeit macht, kann er vom Berechtigten nur insoweit Ersatz verlangen, als sie notwendig waren und dem Willen des Berechtigten entsprechen. Die vor dem bezeichneten Zeitpunkte gezogenen Früchte hat der Dritte nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben, wenn sie nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind. Auch kann er Ersatz für notwendige Verwendungen verlangen, die er in dieser Zeit macht, nicht aber für die gewöhnlichen Unterhaltskosten.

Dagegen dürften die §§ 1001—1003 B. G. B. auf das Vorkaufsrecht nicht anwendbar sein.[3])

---

[1]) Fuchs, Komm. Anm. 2 zu 1100. Keetmann S. 90.
[2]) Staudinger-Kober Bem. II. 2 zu § 1100.
[3]) Vergl. Fischer-Henle Anm. 4 zu 1100.

Dieses Recht erfasst jedoch nicht nur das Grundstück, sondern erstreckt sich gemäss § 1096 B. G. B. im Zweifel auf das Zubehör, natürlich nur insoweit dieses mit dem Grundstücke verkauft wird. Soweit die Zubehörstücke im Eigentum des Verkäufers standen, ergeben sich keine Schwierigkeiten für das Verhältnis des Berechtigten zum Dritten. Mit der Auflassung und Eintragung, deren Vollziehung wir besprochen haben, geht auch das Zubehör auf den Vorkaufsberechtigten über. Handelt es sich aber um Zubehör, das nicht im Eigentum des Vorkaufspflichtigen stand, so sind zwei Fälle zu unterscheiden. Ist der dritte Erwerber im guten Glauben, so erwirbt er Eigentum und dann wird das Zubehör vom Vorkaufsrechte zweifellos ergriffen, so dass der Käufer seine Zustimmung auch zur Uebertragung des Eigentums an diesem Zubehör geben muss. Aber auch dasjenige Zubehör, an dem der Dritte mangels guten Glaubens Eigentum nicht erworben hat, fällt nach richtiger Ansicht an den Vorkaufsberechtigten, wenn nur dieser bei Ausübung seines Rechts im guten Glauben war.[1]) Es ist dies nur eine Konsequenz userer oben S. 27 dargelegten Auffassung, wonach der Berechtigte nicht an die Stelle des Käufers tritt, sondern durch seine Erklärung einen neuen selbstständigen Kauf unter denselben Bedingungen zu Stande bringt.

Bei Besprechung der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts geschaffenen Rechtslage haben wir bis jetzt nur die drei in erster Linie beteiligten Personen ins Auge gefasst und nur bei Erörterung des Prozessweges die Frage nach der Stellung eines weiteren Rechtsnachfolgers des Käufers gestreift. Aber auch abgesehen von der dort eingreifenden Lehre von der Rechtshängigkeit ist die Stellung eines weiteren Käufers des Grundstücks zu berücksichtigen.

Die dingliche Wirkung des Vorkaufsrechts hat zur Folge, dass von ihr nicht bloss der erste Käufer, sondern

---

[1]) Ebenso Fuchs, Komm. Anm. zu 1096, auch Immerwahr S. 314.

auch jeder weitere Erwerber getroffen wird, sofern das durch den ersten Verkaufsfall bedingte Recht rechtzeitig ausgeübt wird. Um die Beschleunigung der Ausübung zu bewirken, giebt § 1099 Abs. 1 B. G. B. auch dem Rechtsnachfolger, sobald er Eigentümer des Grundstücks geworden ist, das Recht den Berechtigten vom Verkaufsfalle zu benachrichtigen und damit die zweimonatliche Frist in Lauf zu setzen. Auch der 2-te Käufer verliert, wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, sein Eigentum und muss das Grundstück an den Berechtigten nach den oben geschilderten Regeln herausgeben. Zu beachten ist aber, dass bei Erstattung des Kaufpreises nur der zwischen dem Verpflichteten und dem ersten Käufer vereinbarte Preis in Betracht kommt. Der Betroffene kann also nur soviel vom Berechtigten fordern, als von dem ersten Kaufpreise wirklich an den Verpflichteten gezahlt ist. [1])

§ 8.

Neben dem Käufer des Grundstücks, mit dem wir uns beschäftigt haben, kommt, wie schon oben S. 35 ausgeführt, auch der Erwerber einer Belastung des Grundstücks als »Dritter« im Sinne des § 1098 Abs. 2 in Betracht. Es erübrigt sich also noch diesem gegenüber die Wirkungen des Vorkaufsrechts klarzustellen. Dabei müssen wir unterscheiden, ob ein solches Recht vor oder nach dem Verkaufsfall begründet ist, und betrachten zunächst das erstere.

Immerwahr, welcher hier seine Folgerungen zieht aus der oben erwähnten Auffassung von dem juristischen Wesen des dinglichen Vorkaufsrechts, meint, dass durch Ausübung des Vorkaufsrechts nachstehende Belastungen unwirksam gemacht werden; praktisch könne ein mit dem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück nicht weiter belastet werden, die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts käme praktisch einer Sperrung des Grundbuches gleich. [2])

[1]) Vergl. Staudinger-Kober Anm. II 3. S. 1100.

[2]) Immerwahr S. 327, 329.

Dernburg[1]), welcher gesteht, dass § 1098 Abs. 2 zu einer solchen Ansicht verleiten könnte, ist selbst der Meinung, dass eine so radikale Folge nicht gewollt sein könne, und weist namentlich darauf hin, dass durch solche Belastungen der Anspruch des Berechtigten nicht beeinträchtigt werde, weil ja dafür auch der Kaufpreis um so geringer sei. Unter Hervorhebung dieses Momentes vertreten denselben Standpunkt auch Staudinger, Turnau-Förster und Planck.[2])

Wir schliessen uns ebenfalls dieser herrschende Ansicht an und weisen noch besonders darauf hin, dass nach den Motiven[3]) das Vorkaufsrecht vornehmlich dem Zwecke dienen soll, den Uebergang eines Grundstücks in missliebige Hände zu verhüten. Ein auf diesem Gesichtspunkte beruhender Anspruch auf Eigentumsübertragung wird nur durch Erwerb des Eigentums seitens eines Dritten vereitelt — andere Belastungen können von diesem Standpunkte aus nicht als Beeinträchtigung des Anspruchs des Berechtigten angesehen werden, weil der vom Gesetze gewollte Zweck immer für den Berechtigten erreichbar bleibt. Daher kann auch die Einschränkung Dernburgs, dass nur eine dem Rechte des Vorkaufsberechtigten schadende Belastung unwirksam sei, nicht angenommen werden, auch ist der Begriff der schädigenden Belastung ein zu unbestimmter, und niemand würde ein Recht an dem Grundstücke erwerben wollen auf die Ungewissheit hin, dass es vom Berechtigten als beeinträchtigend angefochten werden könnte.[4])

Anders muss entschieden werden, wenn Belastungen, welche nach dem Verkaufsfalle eingetragen sind, in Frage kommen. Hier würde der Berechtigte den Preis

---

[1]) Dernburg, Das Bürg. Recht. II 2 S. 96. (2-te Aufl.). In der dritten Aufl. (1906) giebt Dernburg dem Berechtigten die Befugnis Aufhebung der Belastung gegen entsprechende Erhöhung des Kaufpreises zu verlangen. (S. 117).

[2]) Staudinger-Kober S. 356. Turnau-Förster I S. 479. Planck, Anm. 3 b zu § 1098.

[3]) Mot. III S. 448—450.

[4]) Vergl. Keetmann S. 58, 59.

bezahlen müssen, welcher bei dem Kaufe festgesetzt war und dann ein Grundstück erhalten, dessen Wert durch nachträgliche Belastungen herabgemindert worden ist. Das würde zweifellos eine Beeinträchtigung des Anspruchs des Berechtigten bedeuten, und es ist auch die allgemeine Ansicht, dass Verfügungen, durch welche solche Belastungen begründet werden, dem Berechtigten gegenüber unwirksam sind. So sagt Cosack:[1] »Hypotheken, Dienstbarkeiten und dgl., die nach Eintritt des Verkaufsfalles auf das Vorkaufsgrundstück gelegt werden, sind dem Vorkäufer gegenüber unwirksam.«

Die Verwirklichung des Anspruchs gestaltet sich in diesem Falle folgendermassen: Der Eintragung des Berechtigten als Eigentümer steht das Recht des Dritten nicht entgegen, sie kann sich also ohne seine Beteiligung vollziehen. Nach der Eintragung kann aber der Berechtigte auf Grund des § 888 B. G. B. gegen den »Dritten« auf Löschungsbewilligung klagen, mit einer Klage, die sich als actio negatoria charakterisieren würde.[2] Der Eigentümer will eine Beeiträchtigung seines Eigentums, welche ihm gegenüber nicht zu Recht besteht, beseitigen.

Zweifelhaft ist, ob auch § 894 B. G. B. und § 22 G. B. O. hier anwendbar sind, wonach auch ohne Bewilligung des Betroffenen das Grundbuch berichtigt werden kann, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Wir müssen auch bei dieser Frage auf die Grundsätze über die Vormerkung zurückgreifen. In dieser Hinsicht behauptet Cosack,[3] dass bei endgültiger Eintragung des vorgemerkten Anspruchs alle widerstreitenden Zwischeneintragungen unwirksam seien und im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gelöscht werden könnten. Dieser Ansicht schliesst sich Biermann[4]

[1] Cosack II S. 319 § 248 V. 4. Ebenso Planck Anm. 3 b zu § 1098. Koetmann S. 59.

[2] Vergl. Biermann W. u. V. S. 211.

[3] Cosack S. 36.

[4] Biermann W. u. V. S. 211.

an, welcher meint, man würde nicht zu weit gehen, wenn man auch den § 22 G. B. O. für anwenbar erachte, wonach es zur Berichtigung des Grundbuchs der Bewilligung des davon Betroffenen nich bedürfe, wenn die Unrichtigkeit in grundbuchsmässiger Form nachgewiesen werde. In gleicher Weise will Oberneck[1]) dem Berechtigten nach erlangter Umschreibung einen Berichtigungsanspruch gegen den Inhaber des kollidierenden Rechts gewähren. Einen anderen Standpunkt vertritt Planck[2]) mit der Begründung, die Frage dürfte zu verneinen sein, weil aus der Aufnahme des § 888 Abs. 1 neben dem § 894 entnommen werden müsse, dass die Unwirksamkeit eines eingetragenen Rechts nicht als ein Fall der Unrichtigkeit des Grundbuchs aufzufassen sei. Seine Auffassung teilt Predari[3]), ohne einen Grund für seinen Standpunkt anzugeben.

Wir tragen ebenfalls Bedenken den Berichtigungsanspruch hier zu gewähren. Nach § 894 B. G. B. kann diesen Anspruch derjenige erheben, dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt wird. Nun ist aber nach unserer Auffassung die kollidierende Eintragung nur relativ unwirksam, daher kann man nicht schlechthin sagen, dass das eingetragene Recht überhaupt nicht bestehe. Die Eintragung im Grundbuch soll den objektiven Rechtszustand verkörpern, und sie ist nur dann unrichtig, wenn sie der objektiven Rechtslage direkt widerspricht; das ist in unserem Falle nicht anzunehmen und deshalb lehnen wir einen Berichtigungsanspruch ab.

§ 9.

Es bleibt noch übrig die Wirkung des Vorkaufsrechts in exceptionellen Rechtsstadien, wie sie durch den

[1]) Oberneck S. 369.
[2]) Planck Bem. 2 a zu 888.
[3]) Predari S. 204 A.

Konkurs oder die Zwangsvollstreckung in das Grundstück hervorgerufen werden, zu betrachten. Beim Konkurse müssen wir unterscheiden den Konkurs des Verpflichteten und den Konkurs des Dritten. Wenn wir zunächst den ersten Fall betrachten, so finden wir auch hier, dass auch im Verhältnisse des Berechtigten zum Verpflichteten die dingliche Natur des Vorkaufsrechts deutlich hervortritt. Im Gegensatz nämlich zum obligatorischen Vorkaufsrecht bestimmt § 1098 I, dass das dingliche auch bei einem freihändigen Verkaufe seitens des Konkursverwalters ausgeübt werden könne. Diese Wirkung wird in den Protokollen[1]) mit Recht auf die dingliche Natur des Vorkaufsrechts zurückgeführt, und der Zwangsvollstreckung gegenüber ist sie nur aus praktischen Gründen untersagt; sie ist mithin als eine Konsequenz der Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechts anzusehen. Immerwahr[2]) will dies nich anerkennen, er meint, das dingliche Vorkaufsrecht habe durch seine Bedingtheit einen besonderen Charakter erhalten, und da beim Verkaufe seitens des Konkursverwalters die Bedingung — Verkauf durch den Verpflichteten — nicht erfüllt werde, so sei die Bestimmung keine notwendige Folgerung aus dem Wesen des Vorkaufsrechts; allerdings steht er auf dem nicht allgemein anerkannten Standpunkte, dass der Konkursverwalter Vertreter der Gläubigerschaft sei.

Wenn man den Konkursverwalter für einen Vertreter des Gemeinschuldners ansieht,[3]) wenigstens in Ausübung der Verwaltung der Konkursmasse, so erklärt sich die Sachlage von selbst: Das Vorkaufsrecht wird als dingliches Recht nicht berührt, und die Bedingung tritt ein, wenn an Stelle des Gemeinschuldners der Konkursverwalter das Grundstück verkauft. Nach richtiger Ansicht ist aber der Konkursverwalter überhaupt kein Vertreter — weder des Gemeinschuldners noch der Gläubiger, sondern ein selbständiges, amtliches Organ,

[1]) Protokolle 3 S. 757 IV.

[2]) Immerwahr S. 301.

[3]) Vergl. Jaeger S. 64 Anm. 9 zu § 6.

welchem im öffentlichen Interesse zum Zwecke der Durchführung des Konkurses auf Grund des Gesetzes (K. O. § 6) das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse übertragen ist: er handelt für fremde Rechnung, aber im eignen Namen[1]). Von diesem Standpunkte lässt sich sehr wohl jene Vorschrift darauf zurückführen, dass das dingliche Vorkaufsrecht durch einen Konkursbeschlag oder Beschlagrecht nicht beeinträchtigt werden dürfe, und dass daher der auf Grund desselben erfolgende Verkauf das Recht nicht vereiteln darf. Deswegen bindet das Recht auch den Konkursverwalter und führt gegebenen, falls zu einer Ueberlassung des Grundstücks an den Berechtigten.

Bricht der Konkurs über das Vermögen des Verpflichteten erst nach dem Verkaufe des Grundstücks aus, und wird das Vorkaufsrecht innerhalb der bestimmten Frist ausgeübt, so erwächst für den Berechtigten ein Aussonderungsanspruch[2]), und der Konkursverwalter muss das Grundstück an den Vorkaufsberechtigten auflassen. Jaeger[3]) begründet dies damit, dass hier § 24 K. O. über die Vormerkung in Anwendung komme, weil das Vorkaufsrecht dieselben Wirkungen gegen Dritte habe. Diese Begründung ist unserer Ansicht nach inkonsequent. Denn wenn man, wie es Jaeger thut, den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners ansieht, so handelt es sich nicht um Wirkungen gegen »Dritte«, sondern um die dingliche Wirkung gegen den Verpflichteten als Gemeinschuldner. Der Anspruch gegen »Dritte« entspricht gemäss § 1098, Abs. 2 dem Realisationskonsens bei der Vormerkung und in Bezug auf diesen sagt ganz richtig Reichel[4]): Der Anspruch des Vorgemerkten gegen den Konkursverwalter ist nicht Anspruch auf Realisationskonsens. Dieser tritt kraft seines Amtes an die Stelle des

[1]) Vergl. Fischer Zeitschr. f. d. d. Civilpr. Bd. 10 S. 436. Derselbe: Lehrb. des preuss. Privatr. S. 776 und Recht u. Rechtsschutz S. 45. Bekker — Fischer Beiträge. Ebenso R. G. E. 29 S. 29 ff.

[2]) Vergl. Seuffert S. 92 Anm. 7.

[3]) Jaeger Anm. 4 zu § 24.

[4]) Reichel S. 135, 136.

Gemeinschuldners, der Zustimmende im Sinne des § 888 B. G. B. tritt neben den ursprünglichen Schuldner.«

Uebrigens kann der Anspruch des Vorkaufsrechtigten dadurch vereitelt werden, dass der Konkursverwalter von dem ihm nach § 17 K. O. zustehen Rücktrittsrechte Gebrauch macht. Dieses Recht steht ihm zwar nicht dem Berechtigten gegenüber zu, aber es befugt ihn den Kaufvertrag mit dem »Dritten« aufzulösen, und geschieht dies, so ist eben die Bedingung vereitelt und das Vorkaufsrecht kann nicht ausgeübt werden.

Beim Konkurse des »Dritten« müssen wir wiederum die Sätze über die Vormerkung anwenden, wie aus § 1098 Abs. 1 hervorgeht. Das hat natürlich auch hier nur insofern Bedeutung, als der Dritte bereits Eigentümer ist, weil sonst dem Berechtigten von dieser Seite kein Hindernis erwächst. Ist aber über das Vermögen des »Dritten«, nachdem er bereits das Eigentum des Grundstücks erworben hat, der Konkurs ausgebrochen, so äussert das dingliche Vorkaufsrecht auch der Konkursmasse des Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung. Deshalb findet § 24 K. O. Anwendung: der Konkursverwalter muss auf Verlangen des Vorkaufsberechtigten seinen Anspruch befriedigen d. h. zu dessen Eintragung im Grundbuche seine Zustimmung geben.

Was die Zwangsvollstreckung anbetrifft, so haben wir hier nur ihre Vollziehung in der Form einer Zwangsversteigerung zu betrachten. Da das dingliche Vorkaufsrecht nicht ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 Z. V. G. ist, so kann sowohl im Wege der Zwangsvollstreckung als auch durch den Konkursverwalter des Verpflichteten eine Versteigerung des Grundstücks beantragt werden. Der Vorkaufsberechtigte ist als Beteiligter im Sinne des § 9 Z. V. G. anzusehen und geniesst alle Rechte derselben, aber eine Ausübung des Vorkaufsrechts ist bei dieser Veräusserung des Grundstücks ausgeschlossen.[1]) Ist also das Vorkaufsrecht,

[1]) §§ 1098 u. 512 B. G. B.

was als Regel anzusehen ist, nur für den Fall des ersten Verkaufs durch den bestellenden Eigentümer als sog. einmaliges begründet, so geht es bei der Zwangsversteigerung unter. Ist aber das Vorkaufsrecht für mehrere oder alle Verkaufsfälle eingetragen, so handelt es sich darum, ob es dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgeht oder nachsteht.

Im ersten Falle muss es im »geringsten Gebot« berücksichtigt und daher vom Erwerber übernommen werden. es kann also bei einem weiteren Verkaufe wieder wirksam werden. Erlischt das Recht infolge des Zuschlags, so kommt nach richtiger Ansicht § 92 Z. V. G. zur Anwendung,[1]) wonach bei Rechten, die nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind, an Stelle des Rechts der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse tritt. Allerdings wird es nicht leicht sein, den Geldwert eines Vorkaufsrechts zu bestimmen, aber das ist eben Sache des Berechtigten seinen Entschädigungsanspruch zu beweisen. Gegen diese Ansicht wendet sich namentlich Strecker,[2]) aber er lässt auch den Fall eines für mehrere oder alle Fälle bestellten Vorkaufsrechts unerwähnt. Nach unserer Ansicht kommt also auch § 882 B. G. B. zur Anwendung, wo bestimmt ist, dass der Höchstbetrag des Ersatzes für den Fall des Erlöschens durch Zuschlag von vornherein bestimmt und eingetragen werden kann.[3])

[1]) So Fischer-Schaefer Anm. 3 zu § 92 Z. V. G. Jaeckel Bem. 1c u. 2 zu § 92 Z. V. G.

[2]) Strecker S. 38.

[3]) Ebenso Fuchs Bem. 1 zu 882.
Fischer-Henle Bem. 1 zu 882.

LEBENSLAUF.

Ich, Boleslaus Marchlewski, wurde am 30 März 1884 in Posen geboren, als Sohn des Uhrmachers Leonhardt Marchlewski und dessen Ehefrau Wanda Marchlewska, geb. Boye. Ich bin katholischer Konfession und preussischer Staatsbürger. Ich besuchte das Gymnasium ad St. Mariam Magdalenam in Posen und bestand dort Ostern 1902 das Abiturientenexamen. Ich widmete mich der Rechtswissenschaft, studierte zuerst 2 Semester in Breslau, dann 2 Semester in Berlin und beendete meine Studien in Breslau. Hier bestand ich am 12. Oktober 1905 die erste juristische Prüfung. Während meiner Studienzeit hörte ich die Professoren Brie, Dahn, Fischer, Jörs, Leonhard, Sombart, Brunner, Gierke, Hübler, Kipp, v. Martitz, Paulsen, Wagner, Wolff, Engelmann, Gretener, Hedemann, Heilborn.